# Die Tötung auf Verlangen

## in ihrer materiell-rechtlichen und prozessualen Bedeutung.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

**Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg**

zur

**Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde**

vorgelegt von

**Martin Tuchmann**

Rechtspraktikant aus Nürnberg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

**Erlangen 1911.**

Druck der Universitätsbuchdruckerei von E. Th. Jacob.

Referent: Professor Dr. Fr. Oetker.

Dem Andenken
meiner lieben Eltern!

Dem Andenken
meiner lieben Eltern!

# Literatur-Verzeichnis.

**1. Lehrbücher und Kommentare:**


Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft 1836.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts, 1900.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts 1885.
Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1902—1905.
Binding, Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1908.
Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1861.
Geyer, Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht 1884/85.
Goltdammer, Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch.
Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht 1881.
von Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts.
von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1905. Neue Aufl.
Löwe-Hellweg, die Strafprozessordnung für das deutsche Reich 1904.
Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und pertikulären Strafrechts I 1847.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1907.
Oetker, Das Verfahren von den Schwur- und Schöffengerichten.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1909/10.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1876.
Puchelt, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Rosenfeld, Lehrbuch des Reichsstrafprozessrechts.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch 1879.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1881.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1877.
von Schwarze, Kommentar für das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1873.
von Wächter, Deutsches Strafrecht 1881.
von Wächter, Beilagen zu den Vorlesungen 1877.
von Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts.

**2. Einzel-Literatur:**

Baumgarten, Lehre vom Versuch der Verbrechen.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung.
Breithaupt, Volenti non fit iniuria.
Dalcke, Die Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren.
Dohna, Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal der strafbaren Handlung.
Garrelts, Ueber die Tötung auf Verlangen. Tübingen 1896.
Guderian, Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung eines Einwilligenden.
Holer, Einwilligung des Verletzten. Zürich 1906.
Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 R.St.G B. Erlangen 1897.
Kahle, Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Rostock 1908.
Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung.
Köhler, Die Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzes-Konkurrenz.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht.
Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht 1836—40.
Oppenhoff, Rechtsprechung des königlichen Obertribunals in Strafsachen, Bd. XIX.
Pollack, Die Tötung auf Verlangen. Greifswald 1905
Rödenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung.
Schaffrath, Theorie des allgemeinen Tatbestandes.
Schlecht, Lehre von qualifizierten Versuch. Erlangen 1899.
Richard Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe.
Stooss, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts besonderer Teil Bd. V.
Wiebeck, Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Rostock 1900.
Wieman, Tötung auf Verlangen. Göttingen 1896.

**3. Zeitschriften und Entscheidungen:**

Goltdammer's Archiv für Strafrecht:
Bd. I S. 325 (Dorn), Bd. V 326 (Fall Kasparek); V 489 (Boehlau); VI 458 (Lion); IX 433 (Mittermaier); XIII 387 (Abegg); XXV 104 (Ortmann); XXVI 195 (Ortmann); XXIX 435 (Zimmermann); XXXV 169 (Hücking); LII 92 (Olshausen); LIV 361 (Kiehl).
Archiv des Kriminalrechts 1840 S. 434 (Abegg).
Neues Archiv des Kriminalrechts IX 551 (Stübel); II 65 und 239 (Hepp).
Der Gerichtssaal:
Bd. XI S. 65 (Mittermaier); XX 5 (von Wächter); XXX 90 (Thomsen); XXXIV 399 u. 593 (von Schwarze); XXXV 161 (Hälschner); XXXV 201 (Kronecker); 371 (Ortmann); XXXVII 124 (Roedenbeck); 529 (Ullmann); XXXVIII 161 (Ullmann).

Grünhut's Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart: Bd. 27, S. 741 (Hartmann).
Haimerls Vierteljahrsschrift, Bd. I S. 217, (Wessely).
Hitzig's Annalen d. Kriminalrechtspflege Bd. IV S. 212 (Abegg).
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XIX S. 19 (Sontag),
Neues Sächsisches Jahrbuch Bd. II S. 426, VIII 339, IX 191.
Das Recht Bd. VIII S. 190 (Weinrich).
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1870, Bd. II—IV.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z. St. W.): Bd. V S. 268 (Loening), V 736 (Bennecke), VI 401 (von Liszt), VII 735 (Bennecke-Frank), VIII 397 (Lilienthal), XVIII 285 Beling), XIX 855 (Schlecht), XXIV 548 (Katzenstein), XXVII 564 (Mettgenberg).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. II S. 442, XII 253, XX 171 u. 351, XXIV 369, XXVI 363, XXVIII 200.
Rechtssprechung des Reichsgerichts in Strafsachen: Bd. I S. 296 und B. VI S. 225.

# Inhaltsübersicht.


Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 1

I. Teil. Die strafrechtliche Bedeutung der Tötung auf Verlangen.

A. Geschichtlicher Ueberblick.

§ 2. Das Recht der Bibel . . . . . 5
§ 3. Das römische Recht . . . . . 5
§ 4. Das kanonische Recht . . . . . 7

Das deutsche Recht bis zum Reichsstrafgesetzbuch.

§ 5. a) bis zum preussischen Landrecht . . . . . 7
§ 6. b) von 1794 bis zum Reichsstrafgesetzbuch . . . . 11

B. Dogmatischer Teil.

I. Die Tatbestandmerkmale der Tötung auf Verlangen nach § 216.

§ 7. Die Tötungshandlung . . . . . 18
§ 8. Das Verlangen . . . . . 20
§ 9. Die Ausdrücklichkeit . . . . . 21
§ 10. Die Ernstlichkeit . . . . . 23
§ 11. Das Bestimmen . . . . . 26
§ 12. II. Enthält der § 216 ein selbständiges „Vergehen"? . 30
§ 13. III. Die Strafbarkeit des Versuchs . . . . . 34
§ 14. IV. Die Strafe . . . . . 37
§ 15. V. Kritik des Vorentwurfes und Vorschläge de lege ferenda 37

II. Teil. Die prozessuale Behandlung der Tötung auf Verlangen.

§ 16. I. Das zuständige Gericht . . . . . 40
II. Die Fragestellung vor dem Schwurgericht . . . . 42
§ 17. Art der Fragen . . . . . 42
§ 18. Reihenfolge der Fragen . . . . . 45
§ 19. Der Abstimmungsmodus . . . . . 48

## § 1. Einleitung.

Wenn der russische Schriftsteller Turgenjeff[1]) den Deutschen Ueberschätzung des Lebens zum Vorwurf macht, welches sie als höchstes Gut betrachten, so mag er vom Standpunkt des Philosophen, der höhere Werte als das Leben kennt, nicht Unrecht haben und kann sich für diese Ansicht auch auf das bekannte Schiller'sche Wort berufen „Das Leben ist der Güter höchstes nicht".

Eine andere Beurteilung dagegen muss der Wert des Lebens vom Standpunkt der rechtlichen Betrachtung aus erfahren. Hier ist tatsächlich das Leben des Menschen das höchste Gut und geniesst daher auch den weitest gehenden Schutz. Der Grund hiefür ist ein doppelter.

Zunächst wäre ohne diese Auffassung ein geordnetes Zusammenleben der Individuen, also die Grundbedingung für einen Staat im Rechtssinn, undenkbar. Würde alle Scheu vor der Heiligkeit und der Unverletzlichkeit des Menschenlebens verschwinden, so wäre die Folge davon, dass ewig jene Zustände herrschen müssten, wie sie vorübergehend bei Revolutionen zu beobachten sind. Gesetz und Recht wären völlig beseitigt und Anarchie würde an ihre Stelle treten.

Fernerhin aber hat die im Staat vereinigte menschliche Gesellschaft ein weitgehendes Interesse an der Existenz eines Jeden ihrer Mitglieder. Dieses Interesse gründet sich, wie Guderian sehr richtig bemerkt, darauf, dass eine gewaltsame Vernichtung des Lebens eine lebhafte Beunruhigung des Gemeinwesens hervorruft und den Bestand des staatlichen Organismus gefährdet. Die Gesellschaft kann daher einen Eingriff in dieses ihr Interesse nicht dulden und muss also gegen jeden gewaltsamen Einbruch in ihre Sphäre, der den Verlust eines ihrer Glieder beträfe, unnachsichtlich mit

1) Tagebuch eines Ueberflüssigen, S. 52.

den schärfsten ihr zu Gebote stehenden Mitteln einschreiten.

Dass diese Auffassung von dem Wert des Menschenlebens als höchsten „Rechtsgut" von jeher bestand, zeigt uns ein Blick auf die ältesten Kulturdenkmäler und Gesetzbücher. Das Gebot der Bibel „Du sollst nicht töten", mag es sittlichen oder politischen Gründen entsprungen sein, ist bei allen Kulturvölkern lebendig gewesen.

Wie aber steht es um das Interesse des Staates an der Existenz des Einzelmenschen, wenn dieser seinerseits auf sein Leben verzichtet, da es für ihn aus Gründen irgend welcher Art keinen Wert mehr besitzt? Zu dieser Frage haben die Gesetze der Völker sich verschieden geäussert, während die Moral übereinstimmend ein solches Verhalten des Individuums als feige und verwerflich bezeichnet hat. Unter diesem Gesichtspunkte hat auch die Bibel und ihr folgend das kanonische Recht, den Selbstmord betrachtet und die Kirche hat den Selbstmörder noch nach dem Tode mit ihren Strafen belegt. In der heutigen Zeit hat man dagegen überwiegend — mit Ausnahme des englischen Rechts — aus kriminal- und sozialpolitischen Gründen von einer Bestrafung des versuchten Selbstmordes — eine Strafe gegen den Selbstmörder, dem die Tat gelungen, ist ja nicht durchzuführen — abgesehen, ein Verfahren, welches auch das jetzt geltende Reichsstrafgesetzbuch eingeschlagen hat. Nach Allfeld[1]) ist eben das Interesse des Staates an der Verhinderung des Selbstmordes nicht gross genug, um die in diesem Falle meistens gebotene Nachsicht mit dem Täter zu überwiegen.

Eine so weitgehende Nachsicht aber verdient nur der Selbstmörder, in dessen Person ja gewichtige Gründe zur Notwendigkeit eines solchen Schrittes hindrängen, mögen diese Gründe auch nur vom subjektiven Standpunkte aus berechtigt sein. Vollführt der Lebensmüde die Tat nicht selbst, sucht er aus Gründen physischer oder psychischer Natur einen anderen zu veranlassen, ihm den vernichtenden Stoss beizubringen, oder den letzten Trank zu reichen, so muss sich das Gesetz mit diesem anderen, der jener Bitte gehorcht hat, befassen; denn sicher hat er das Interesse des Staates verletzt, wenn auch mit

1) Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 223.

Willen oder auf Wunsch des Lebensmüden und für ihn kann jene Nachsicht, die dem Selbstmörder zuteil wird, nicht so stark sein, dass sie ihn vor einer Reaktion des Staates gegen die Verletzung seines Interesses, also vor einer Strafe, zu bewahren imstande wäre.

Nachsicht, ja selbst Mitleid in hohem Grade wird der Täter in solchem Falle stets vom rein menschlichen Standpunkte aus, abgesehen von der juristischen Beurteilung verdienen. „Der Wunsch zu sterben," sagt sehr richtig Stooss[1]), „ist menschlich und begreiflich, wer zu Tode betrübt ist, sehnt sich nach dem Tode, und aus dieser Sehnsucht entsteht der Wunsch und aus diesem das Verlangen. Wer zu sterben verlangt und nicht imstande ist, sich selbst den Tod zu geben, verlangt von einem Dritten einen Liebesdienst."

Willfährt also der Dritte den Bitten des Lebensmüden, so handelt er in der Regel nicht aus egoistischen, vielmehr aus edlen und menschlich begreiflichen Motiven heraus.[2]) Es wird für ihn der Gedanke massgebend sein, dass der andere nicht länger in dem für ihn unleidlichen und peinigenden Zustande bleiben kann und eine schnelle Erlösung nur durch Gewalt, durch den Tod, möglich ist. Die Fälle von Tötung auf Verlangen, die so edlen Motiven entspringend, unser Mitleid in hohem Grade beanspruchen, sind nicht selten. Vor allen handelt es sich hier um die sogenannte gegenseitige Tötung. Ein Liebespaar beschliesst, gemeinsam in den Tod zu gehen und auf Wunsch der Geliebten wird sie von dem Manne getötet. Seine Absicht jedoch, ihr im Tode zu folgen, bleibt, unabhängig von seinem Willen, im Stadium des Versuches, also unvollendet. Zweifellos handelt hier der Täter nicht gleich dem gemeinen Mörder und das Rechtsbewusstsein des Volkes widerspräche einer solchen Gleichstellung. Aehnlich steht es um den Fall des auf dem Schlachtfeld schwer verwundeten Soldaten, der den Kameraden flehentlich bittet, ihm die erlösende Kugel beizubringen. Ueber diesen Fall bemerkte sehr richtig der Abgeordnete von Steinmetz bei der Beratung der Tötungsdelikte im Reichstag[3]):

1) Stooss, chirurgische Operation und ärztliche Behandlung S. 87 ff. 2) Auf die Besonderheit dieser Motive hat auch von Holtzendorff Handhuch III, S. 445 ausdrücklich hingewiesen.
3) Stenographische Berichte S. 656 lf.

„Ich will es nicht verteidigen, finde es aber als einen Akt der Humanität und daher entschuldbar, sich durch solche Bitten zur Tat hinreissen zu lassen.“ Das Gleiche gilt von dem Arzt, der auf Bitten des unheilbar Kranken diesen durch eine stärkere Dosis Gift oder eine Morphium-Injektion von seinem qualvollen Leiden erlöst. Auch er handelt in edler, menschenfreundlicher Absicht und auch für ihn ist daher vom Standpunkt der Humanität aus eine mildere Strafe geboten.

Aber auch juristisch ist eine mildere Auffassung gerechtfertigt und zwar vom Standpunkt des verletzten Interesses aus. Während die sonstigen Delikte unmittelbar das Interesse desjenigen verletzen, gegen den sie gerichtet sind, tritt hier gerade das Gegenteil ein; denn der Getötete hat durch sein Verlangen zu sterben, das Interesse an seiner Existenz aufgegeben und es wäre, wenn dieses allein in Betracht käme, dem Täter sogar Straflosigkeit zuzubilligen. Aber der Staat erleidet ja durch den Verlust seines Mitgliedes einen empfindlichen Schaden, den er nicht ungesühnt lassen kann. Er darf hier allerdings nicht die gewöhnliche Tötungsstrafe verhängen, sondern, weil eben nur sein Interesse verletzt ist, eine weit mildere. Auf diesen Standpunkt hat sich auch das Reichsstrafgesetzbuch in § 216 gestellt. Dass jedoch in dieser Frage die verschiedensten Gesichtspunkte massgebend waren, zeigt uns ein Rückblick auf die Gesetze aller Zeiten und Völker.

I. Teil.

# Die strafrechtliche Bedeutung der Tötung auf Verlangen.

## A. Geschichtlicher Ueberblick.

### § 2. Das Recht der Bibel.

Wohl der älteste Fall, dass ein Lebensmüder auf sein Verlangen durch die Hand eines anderen seinen Tod gefunden hat, ist in der Bibel überliefert. König Saul liess sich in der Schlacht durch seinen Waffenträger töten.[1]) Daraus aber, dass König David, Sauls Nachfolger, diesen Waffenträger hinrichten liess, kann man nicht folgern, dass das mosaische Gesetz die Tötung auf Verlangen wie den Mord mit dem Tode bestrafte.

Die dahingehende Ansicht Wiemans[2]) dürfte wohl, worauf auch Pollack[3]) hinweist, schon deshalb unrichtig sein, weil hier nicht ein gewöhnlicher Tötungsfall in Betracht kam. Der Getötete war vielmehr ein Gesalbter des Herrn, sein Leben besass also höheren Wert und genoss dementsprechend einen erhöhten Rechtsschutz. Auch scheint diese Auffassung des Königs David nicht stets beim israelitischen Volke die herrschende gewesen zu sein, wie dies ein Vergleich mit anderen Bibelstellen zeigt.[4]) Der Waffenträger des Königs Abimelech ging, trotzdem auch er den Gesalbten Gottes auf seinen Wunsch getötet hatte, völlig straffrei aus, woraus wohl auch auf die Straflosigkeit des Deliktes beim israelitischen Volke geschlossen werden kann.

### § 3. Das römische Recht.

Im römischen Rechte hat offenbar ebenfalls Straflosigkeit für Tötung auf Verlangen gegolten. Wir sind

1) 2. Buch Samuel, 1,14. 2) Wieman, Tötung auf Verlangen, S. 6. 3) Pollack, Tötung auf Verlangen, S. 15. 4) Buch der Richter 9,54 cf. 1. Buch der Könige 20,37.

hier allerdings lediglich auf Schlussfolgerungen angewiesen, da das positive Recht die Materie nicht ausdrücklich behandelt hat. Das wichtigste Gesetz über die Tötungsdelikte im allgemeinen, die lex Cornelia de siccariis, schweigt völlig über Tötung auf Verlangen, bestraft aber diejenigen „qui caedem admiserunt sponte dolove malo“.[1]) Dass dieser dolus malus durch die Einwilligung des Getöteten aufgehoben wurde, darauf hat schon Jeselsohn[2]) ebenso wie Luden[3]) und Binding[4]) hingewiesen.

Ein weiterer Beweis für die Straflosigkeit der Tötung auf Wunsch des Getöteten ergibt sich aus der, selbst den Sklaven[5]) zugesicherten Straflosigkeit des Selbstmordes. Das Gegenteil liesse sich auch nicht aus dem S.-C. Silanianum[6]) beweisen, dieses bestraft zwar die Sklaven, die nicht hinderten, dass ihr Herr sich in ihrer Gegenwart tötete, aber es erwähnt ebenfalls nichts über die Tötung durch den Sklaven selbst. Dieser in Rom sehr häufige und von verschiedenen Schriftstellern[7]) erwähnte und als Zeichen besonderer Treue[8]) gefeierte Vorgang war sicher straflos, sonst hätten, worauf auch Jeselsohn[9]) hinweist, jene Berichterstatter sicher nicht versäumt, die Treue der Sklaven noch durch den Hinweis auf die drohende Strafe in hellerem Lichte erscheinen zu lassen. Diese Straflosigkeit aber mit der Unselbständigkeit der Sklaven, mit einem Hinweis auf ihre Stellung als „Sachen“ im Zivilrecht, begründen zu wollen und sonach die Tötung durch den Sklaven als Selbstmord zu betrachten, wie dies Pollack[10]) versucht, erscheint im Hinblick auf das S. C. Silianianum nicht angängig, da jenes Gesetz im strafrechtlichen Sinne den Sklaven eine selbständige Verantwortlichkeit auferlegt.

Die herrschende Meinung[11]) begründet jedoch die Straflosigkeit der Tötung eines Einwilligenden mit dem Hinweis auf die L. 1 § 5 D de inj 47, 10, deren Schluss-

1) l. 7,1 16 dig ad legem Cornelian de siccariis 48, 8. 2) Jeselsohn, Zur Auslegung des § 216 S. 12 ff. 3) Luden, Handbuch des Strafrechts S. 444 ff. 4) Binding, Grundriss S. 119, § 47. 5) l. 9 § 7 dig. de peculio 15,1 und l. 23 pr. dig. ad legem Aquiliam 9,2. 6) l. 1 § 22 dig. de S. C. Silaniano 29,5. 7) Valerius Maximus memorabilia lib. 6 Kap. 8 § 2,3; Seneca de beneficiis lib. 3 Kap. 23, Macrobius Saturnalia convivia I Kap. 11. 8) cf. Tacitus ann. 16,25. 9) a. a. O. S. 13. 10) a. a. O. S. 15. 11) Vgl. die Aufzählung bei Pollack, S. 15.

satz lautet: quia nulla iniuria est quae in volentem fiat, ein Satz, der später zu der bekannten, jedoch viel bestrittenen Parömie umgewandelt wurde: Volenti non fit iniuria, die schon Aristoteles[1]) ausgesprochen hat. ἀδικεῖται δ' οὐδείς ἑκών.

Ulpian versteht unter iniuria nicht eine Verletzung der Ehre im Sinne der heutigen Beleidigung — so von Liszt und Berner[2]) —, der Begriff findet vielmehr, worauf auch Pollack hinweist, seine Erklärung und Ergänzung in L 1 pr. D 47, 10. Dieser Rechtssatz des volenti non fit iniuria scheint bei dem überwiegend privatrechtlichen Charakter des römischen Strafrechts allgemeine Geltung gehabt zu haben.

Für die behauptete Straflosigkeit der Verletzung eines Einwilligenden überhaupt bietet sich noch ein argumentum e contrario. Es ist jene Bestimmung[3]) des Hadrian, durch welche die Kastration mit Einwilligung unter Strafe gestellt wurde. Daraus, dass Hadrian diesen speziellen Fall trotz der Einwilligung des Verletzten bestrafte, lässt sich wohl ein Schluss auf die Straflosigkeit der Verletzung eines Einwilligenden im Allgemeinen und der Tötung speziell ziehen.[4]) Dies ersieht man auch aus dem Verhalten Hadrians selbst, der nicht nur die Tötung des alten schwerkranken Philosophen Euphrates durch dritte Hand ausdrücklich billigte — so berichtet Dio Kassius —, sondern auch selbst auf ähnliche Weise aus dem Leben schied. Die harte Bestrafung der Verletzung eines Einwilligenden, um ihn zum Militärdienst untauglich zu machen[5]), erfolgte sicherlich aus anderen Gründen, spricht also keineswegs gegen die behauptete Straflosigkeit der Verletzung und Tötung mit Einwilligung.

## § 4. Das kanonische Recht.

Im kanonischen Recht war jede Tötung als solche strafbar, da für die Kirche kein anderes Gesetz mass-

1) Eth. Nikom. V S. 15. 2) S. 156 § 35 Anm. 56; Berner Lehrbuch § 53 S. 91; a. M. z. B. von Wächter Gerichtssaal B. 20 S. 1 ff. u. Jeselsohn, Pollack, a. a. O. 3) l. 4 § 2 1,5 dig. ad leg. Corn 48,8; l. 98 dig de verb. sign. 50.14. 4) Zimmermann, (Goltdammers Archiv, XXIX 435) erklärt ebenfalls dieses Gesetz als Ausnahme-Besimmung. 5) l. 6 § 7 dig. de re milit 16; l. 38 § 12, dig. ds poenis 48, 19.

gebend sein konnte, als das 5. Gebot der Bibel „Du sollst nicht töten". Infolgedessen belegte die Kirche jede Art von Tötung, selbst solche in Notwehr oder aus Zufall, mit Strafe. In diesem Sinne erschien auch der Selbstmord, abgesehen von einigen eigens normierten Ausnahmen [1]), als etwas sittlich Verwerfliches und der Täter galt der höchsten Strafe der Exkommunikation und der Verweigerung des kirchlichen Begräbnisses für würdig. [2]) In konsequenter Verfolgung dieser Idee konnte es auch der Kirche keinen Unterschied bedeuten, wenn die Tötung mit der Einwilligung des Getöteten erfolgt war und sie musste den Täter gleich dem gewöhnlichen Mörder strafen, wenn auch das Corpus juris canonici den Fall nicht eigens erwähnt.

## Das deutsche Recht bis zum Reichsstrafgesetzbuch

### § 5. a) bis zum preussischen Landrecht.

In der ältesten germanischen Zeit wurde gegen Verletzungen und Tötungen nur insoweit reagiert, als dadurch das Recht und das Interesse des Einzelnen verletzt wurden, d. h. von einer Bestrafung im eigentlichen Sinne kann für jene Zeit wohl nicht die Rede sein. Es wurde ja nicht das Recht des Staates oder der Gemeinde verletzt, sondern nur das Interesse, welches die einzelnen Sippen am Leben und an der Unverletztheit ihrer Mitglieder hatten. Diesem Interesse entsprach denn auch die Sühne, indem der Verbrecher oder seine Sippe um ebensoviel geschädigt wurde als dem Verletzten und seiner Sippe Schaden zugefügt war, sei es tatsächlich, indem nun die gleiche Verletzung oder Tötung erfolgte, oder aber indem eine dem Verletzten Interesse entsprechende Busse, das Wergeld [3]), bezahlt wurde.

Dass der Anspruch auf Entschädigung aber wegfiel, wenn die Tat mit dem Willen des Getöteten geschah, ist klar; es war ja dann kein Privatinteresse mehr verletzt, wenn der Getötete für sich selbst und für seine Sippe seinem Leben einen Wert durch seine Einwilligung zur Tötung

1) cf. Jeselsohn, a. a. O. S. 16. 2) cf. caus XXIII qu 5 c 9—12 x 3,28 de sepultur Kap 11—12. 3) Ueber die Natur des Wergeldes cf. Rauh, Die Vermögensstrafen § 4.

absprach. Ein öffentliches Interesse war aber in jener Zeit weder bei „Mord", dem heimlichen hinterlistigen Töten, noch bei der „im Zorn wegen vorangegangener Beleidigung oder im Streit mit dem Gegner offen verübten Tötung", dem Totschlag, verletzt. Die Gesetze bestimmen vielmehr lediglich die Höhe des Wergeldes für die einzelnen Fälle, normieren also die Höhe des etwa verletzten Privatinteresses. [1]) Diese Quellen stimmen alle ebenso wie die späteren, Schwabenspiegel [2]) und Sachsenspiegel [3]) darin überein, dass für den Mord heimliches, hinterlistiges Vorgehen wesentlich ist, ein Charakteristikum, welches der Tötung des Einwilligenden geradezu konträr ist. Aus diesen Tatbestandsmerkmalen lässt sich also die Straflosigkeit der Tötung des Einwilligenden, die in keinem dieser Gesetze erwähnt worden ist, für jene Zeit folgern.

Die erste grössere Kodifikation des deutschen Strafrechts, die 1532 erlassene peinliche Halsgerichtsordnung Karls V., hat sich in ihren Artikeln 130—150 sehr eingehend mit den Tötungsdelikten beschäftigt, aber die Tötung mit Einwilligung nicht ausdrücklich erwähnt. Daraus liesse sich ebenfalls für den in jener Zeit anscheinend sehr seltenen Fall auf Straflosigkeit schliessen, wenn nicht unter den Kommentatoren der Carolina Meinungsverschiedenheit hierüber herrschte. Während sich z. B. Leyser [4]) für Todesstrafe wie bei gewöhnlichen Totschlag ausspricht, wollen andere, wie Böhmer, die Strafe eines kulposen Totschlags regelmässig, Bastineller und Link nur ausserordentliche Strafe anwenden. Dagegen sind namentlich von Wächter [5]) und Lion [6]) der Ansicht, dass in der Carolina die Tötung mit Einwilligung straflos gewesen sei. Die Nichterwähnung in der Carolina aber ist für das Delikt sehr verhängnisvoll gewesen, da die Theorie das Schweigen des Gesetzes dazu benützt hat, die Tötung des Einwilligenden nach allgemeinen Gesichtspunkten auszulegen, wobei man zu den widersprechendsten Resultaten kam. Man hat nämlich die Frage nach der Strafbarkeit der Tötung mit Einwilligung davon abhängig gemacht, welche Bedeutung

1) Die in Betracht kommenden Quellenstellen sind von Jeselsohn, S. 17. zitiert. 2) Kap. 116 § 12—14. 3) II Art. 13 § 4. 4) spec. 596; med. 20. 5) Gerichtssaal Bd. XX S. 5. 6) Goltdammer Archiv Bd. V S. 463.

der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht überhaupt zukommt. In dieser Frage aber beginnt in jener Zeit eine grosse Spaltung der Theorie. War schon unter den Kommentatoren der Carolina keine Einigung über die Auslegung der Tötung des Einwilligenden vorhanden, so herrscht bezüglich der Frage über die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten überhaupt völlige Verschiedenheit vor, indem sich drei Ansichten schroff gegenüberstehen.

Die erste Gruppe leugnet jede Wirkung der Einwilligung im Strafrecht und will demgemäss alle Fälle, ob mit oder ohne Einwilligung des Betroffenen, gleichmässig hart bestrafen und behandelt teilweise den in eine Rechtsverletzung Einwilligenden gleich einem Geisteskranken, dessen Wille nicht ernst zu nehmen sei. Zu Vertretern dieser Ansicht gehören namentlich Leyser[1]), Jarcke[2]), Marezoll[3]), Geib[4]), Böhlau[5]). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht in ihrer allgemeinen Form leuchtet ohne weiteres ein, da auf dem Gebiete der Privatrechtsdelikte die Einwilligung die Strafbarkeit eo ipso ausschliesst. Dass sie aber auch speziell für das Gebiet der Tötung wegen ihrer schroffen und dem Rechtsbewusstsein des Volkes konträren Folgen verworfen werden muss, wird am besten durch die preussische Rechtsprechung bewiesen. Letztere wurde bedingt durch den Mangel entsprechend deutlicher Bestimmungen des damaligen preussischen Strafgesetzbuches und es wird bei Besprechung dieses Gesetzes von den Folgen dieser Theorie noch zu handeln sein.

Dieser Gruppe schroff gegenüber steht die zuerst von Feuerbach[6]) vertretene Ansicht, welche die Einwilligung des Verletzten geradezu eine die Rechtswidrigkeit aufhebende Bedeutung beimisst und damit jedes mit Einwilligung des Betroffenen begangene Delikt für straflos erklären will. Doch hält es z. B. Tittmann[7]), der im allgemeinen der gleichen Anschauung huldigt, nicht für ausgeschlossen, dass trotz der Einwilligung ein Polizeivergehen bestehen bleibt, eine Ansicht, die auch von Stübel[8]) geteilt wird.

1) a. a. O. 2) I 109 ff. 3) § 24 S. 88. 4) II 212. 5) Goltdammers Archiv V 431. 6) 1. Aufl. § 40, anders dagegen 2. Aufl. § 35, ebenso Henckel 231 ff. Luden Abhandlungen II 424 ff. von Wächter Gerichtssaal XX S. 3 ff. Ortmann Archiv 25 104. 7) Tittmann, Handbuch I § 36. 8) Neues Archiv IX 551 ff.

Die jüngsten Verteidiger dieser Lehre sind wohl Kessler und Roedenbeck, denen jedoch von Liszt[1]) mit Recht den Vorwurf macht, dass sie die praktischen Konsequenzen ihrer Theorie völlig verkennen.

Die herrschende Lehre hat sich insoferne auf einen vermittelnden Standpunkt gestellt, dass sie dem „volenti non fit iniuria" weder völlig seine Bedeutung entzogen hat, noch es ganz wahllos und uneingeschränkt anwenden wollte. Sie hat vielmehr das Gebiet beschränkt, innerhalb dessen die Einwilligung des Verletzten den Täter vor Strafe sicherte. Wie Matthäus der erste war, der die Frage bezüglich der Tötung angewendet hat, so hat er auch als erster versucht, das Gebiet der Einwilligung generell abzugrenzen, indem er ihre Bedeutung nur bei den Rechtsgütern anerkennt, über welche dem Individuum eine Verfügungsmöglichkeit zusteht.[2]) Nach Matthäus gehören weder Leben noch Körperintegrität zu diesen Gütern.

Damit war der Grund gelegt zu der späteren Unterscheidung zwischen den veräusserlichen und unveräusserlichen Gütern, welche in der Folgezeit von den meisten und angesehensten Theoretikern angenommen wurde, welche lediglich bezüglich der Abgrenzung des Gebietes verschiedener Ansicht sind. Alle Anhänger dieser Lehre aber haben das Leben zu den „unveräusserlichen", „unverzichtbaren", „Urrechten" oder „Wesensbestimmtheiten" der Person gerechnet, bei denen weder auf der einen Seite von einer Dereliktion schlechthin oder einer Uebertragung des Gutes, noch auf der anderen Seite von einem Recht auf dieses Gut die Rede sein könne. Mithin ist auch bei Einwilligung in die Verletzung und Zerstörung dieses Gutes Straflosigkeit ausgeschlossen. Vertreter dieser Lehre sind namentlich Grolmann[3]), Feuerbach, der sich damit in Widerspruch zu seiner früheren Ansicht setzt, Luden[4]), von dem dasselbe gilt, Abegg[5]), Hälschner[6]), Berner[7]), Schütze[8]), von Liszt.[9]) Die Anhänger der beiden letzteren Richtungen begründen übrigens die Wirkung der Einwilligung innerhalb der von ihnen festgelegten Grenzen verschieden. Nach den

1) Z. St. W. Bd. 5, S. 736. 2) Matthäus de crim. Proleg. Kap. 4 § 6. 3) § 26. 4) Handbuch S. 321. 5) Untersuchungen S. 63 Lehrbuch § 2. 6) § 35. 7) I 489 ff. 8) § 35. 9) § 34.

einen gibt die Einwilligung direkt das Recht zur Verletzung, nach anderen bildet sie einen Rechtsverzicht, während wieder andere sie als Aufhebung des Tatbestands oder nur als Durchkreuzung des rechtswidrigen Willens ansehen.[1])

Alle diese Theorien umfassen ein weites Gebiet und ihre Charakteristika sind für jedes einzelne Delikt auf ihre Anwendbarkeit hin zu prüfen und nur da anzuwenden, wo für dieses Sonderdelikt die erforderlichen klaren Bestimmungen im Gesetze fehlen. Wo ein klarer Gesetzestext existiert, da sollte nur dieser und die ihm zugrunde liegende Auffassung des Gesetzgebers, soweit sich diese erkennen lässt, für die Auslegung und Anwendung massgebend sein. Ein solcher Gesetzestext hat aber bis zum Jahre 1794 innerhalb des ganzen deutschen Rechtsgebiets gefehlt.

## § 6. b) Die Entwicklung vom preussischen Landrecht bis zum Reichsstrafgesetzbuch.

Das preussische Allgemeine Landrecht, welches die Tötung auf Verlangen als erstes deutsches Gesetzbuch aufgenommen hat, bestimmt im Teil 2 Titel 20 § 834 eine 6- bis 10jährige Festungs- oder Zuchthausstrafe für denjenigen, „der einen anderen auf Verlangen tötete". Das Landrecht strafte den Fall nicht etwa als Unterart des Mordes, für welchen es einen eigenen Dolus verlangte — dies zeigt ein Vergleich der §§ 806 und 826 —, sondern aus anderen Gründen, nämlich analog der Beihilfeilfe zum Selbstmord, welche in § 834 mit der gleichen Strafe bedroht war. Das preussische Landrecht hat damit die richtige Ansicht vertreten, dass zwischen diesen an sich ja leicht in einander übergehenden Delikten der auch von Pollack[2]) im Gegensatz zu Roedenbeck behauptete Unterschied besteht, dass im ersten Falle der Täter selbst die den Tod bringende Handlung hervorgerufen haben müsse und nicht etwa nur als Werkzeug des Getöteten gehandelt habe. Nach der Auffassung Roedenbecks hingegen wäre es bedeutungs-

1) cf. Die Zusammenstellung dieser Anschauungen bei Jeselsohn, S. 10. 2) a. a. O. S. 19.

los, ob der Täter den entscheidenden Stoss geführt oder dem Lebensmüden nur die Waffe in die Hand gedrückt, dieser selbst aber zugestossen hat. Nicht der Erfolg ist hier das Entscheidende, sondern wer ihn letzten Endes herbeigeführt hat.[1]) Die Gleichstellung im Strafmasse des preussischen Landrechts aber war bei der Aehnlichkeit beider Delikte sicher gerechtfertigt.

Aehnliche Bestimmungen wie das preussische Landrecht enthielten die Strafgesetzbücher von Württemberg 1839, Sachsen-Altenburg 1841, Hessen 1841, Braunschweig und Lübeck 1840 und 1843, Nassau 1849, Baden 1849, das Königreich Sachsen 1855 und das Thüringische Strafgesetzbuch.[2]) Das Strafmass ist in allen diesen Gesetzen wesentlich milder wie im preussischen Landrecht, es schwankt von 4 Wochen bis 3 Jahren Gefängnis oder Arbeitshaus, doch wenden die Gesetzbücher von Hessen und Nassau auch alternativ Zuchthausstrafe bis zu 8 bezw. 10 Jahren an.

Diese Herabsetzung des Strafmasses hat ihren Grund in der Auffassung dieser Gesetze, dass die Tötung auf Verlangen nicht wie Mord oder Totschlag ein Rechtsverbrechen, sondern nur ein Gesetzesverbrechen darstelle, welches eine Bestrafung nur aus politischen und sittlichen Gründen verdiene. Diese Auffassung ist richtig, da von einem Rechtsverbrechen dann nicht die Rede sein kann, wenn die Tat mit Willen desjenigen geschieht, gegen welchen sie sich unmittelbar richtet. Nur die mittelbare Verletzung des öffentlichen Interesses macht die Tat hier zum Gesetzesverbrechen.

Diesen milden und der wahren Natur des Delikts entsprechenden Bestimmungen der meisten deutschen Partikulargesetze stehen das bayerische Strafgesetzbuch von 1813, das oldenburgische und das österreichische von 1803 gegenüber, dessen Härte auch nicht durch die Revision von 1852 § 4 gemildert wurde. Diese Gesetze betonen übereinstimmend, dass die Einwilligung des Verletzten weder Straflosigkeit bewirke oder auch nur strafmildernd wirke, soweit sie sich nicht auf Verlust oder Beschädigung des Eigentums beziehe.

---

1) Sehr richtig Lion Archiv Bd. 6 S. 458 ff. Die Momente der Strafbarkeit sind bei der Tötung eines Einwilligenden gleich denen bei der Beihilfe zum Selbstmord, doch ist sie nicht blosse Beihilfe zum Selbstmord. 2) Die Bestimmungen dieser Gesetze finden sich im Wortlaut bei Jeselsohn S. 20 und 21.

Diese Ansicht der Gesetze, welche die Wirkung des „volenti non fit iniuria“ lediglich auf das Eigentumsgebiet beschränkt, führt für den Sondertatbestand der Tötung auf Verlangen zur Anwendung der vollen Mord- oder Totschlagsstrafe. Die Unhaltbarkeit dieser Anschauung hat man im Entwurf des bayerischen Strafgesetzbuches 1854 erkannt und jene frühere harte Bestimmung, die z. B. auch von Wächter aufs schärfste getadelt wird, im Gesetze fallen lassen.[1]) In Hessen[2]) und Hannover[3]) wollte man ursprünglich ähnliche Vorschriften schaffen, doch fanden die Entwürfe bei der Beratung in der Kammer nicht die nötige Mehrheit und wurden also gestrichen. In Oesterreich dagegen ist das Strafgesetzbuch von 1852, welches die harte Bestimmung des früheren Gesetzes wiederholt, noch in Kraft, aber jene Vorschrift hat wegen des Widerspruchs der Theoretiker keinen Eingang mehr in die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch gefunden, welche nach dem Muster des deutschen Strafgesetzbuches eine Sonderbestimmung hiefür vorsehen.[4])

Eine dritte Gruppe von Gesetzbüchern endlich übergeht die Tötung des Einwilligenden mit Stillschweigen und hier muss dann die logische Interpretation entscheiden, ob im Sinne dieser Gesetze Straflosigkeit oder Bestrafung nach den allgemeinen Tötungsvorschriften eintreten musste. Zu dieser Gruppe gehören das Gesetzbuch von Hannover 1840, das Oldenburgische von 1858, das Bayerische von 1861 und das Preussische von 1851. In Hannover und Bayern ist nach Ansicht Wächters[5]) deshalb Tötung eines Einwilligenden nicht bestraft worden, weil die Gesetze dieser Länder für den Mord, unter dessen Tatbestand sonst der Fall zu subsumieren wäre, das Merkmal der Rechtswidrigkeit verlangt hätten, diese aber durch die Einwilligung ausgeschlossen sei.

In Oldenburg und Preussen dagegen fehlt dieses Tatbestandsmerkmal und so ist hier die Entscheidung zweifelhaft, doch hat sich die Praxis[6]) für Bestrafung

1) Gerichtssaal Bd. 20 S. 1 ff. 2) Entwurf eines Hessischen Strafgesetzbuches Kap. 32. 3) cf. Bauer Bemerkungen zum Entwurf eines Hannoverschen Strafgesetzbuches Teil I S. 527. 4) cf. Pollack. a. a. O. 12 ff. 5) a. a. O. 6) cf. Goltdammers Archiv I 331 ff. u. V S. 326 ff.

wegen Mordes entschieden und war auch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches von 1851 vollauf dazu berechtigt. Bei der Revision wurden nämlich die Entwürfe des Staatsrates, welche die Aufnahme entsprechender Bestimmungen für Tötung von Schwerkranken oder sonstige Tötung auf Verlangen, sowie für Beihilfe zum Selbstmord vorgesehen hatten, mit dem Hinweis auf den schwierig durchzuführenden Beweis und auf die Gnade des Königs gestrichen. Die Gnade des Landesherrn aber ist nicht dafür geschaffen, die Mängel eines Strafgesetzes zu beseitigen, und es ist sicher kein gewöhnlicher und für den Gesetzgeber rühmlicher Vorgang, wenn der Richter, der auf Grund des Gesetzes seinen Spruch gefällt hat, diesen selbst als dem Rechtsbewusstsein des Volkes nicht entsprechend bezeichnen muss und den gesetzmässig Verurteilten der Gnade des Herrschers empfiehlt. Dass diese harte Bestrafung der Tötung auf Verlangen, wie sie hier durch preussische Richter erfolgte, auch der herrschenden Theorie entsprach, lässt sich aus Goltdammers Materialien[1]) entnehmen, der ausdrücklich feststellt, dass der Tatbestand der Tötung durch die Einwilligung nicht ausgeschlossen wurde, und sich dahin ausspricht, dass im Sinne des Gesetzes Verurteilung wegen Mordes erfolgen musste. Ortmann[2]) ebenso wie Roedenbeck[3]) sind dagegen der Ansicht, dass im preussischen Strafgesetzbuch die Tötung mit Einwilligung straflos gewesen sei, jedoch sind die von beiden angeführten Gründe kaum stichhaltig.

Sicherlich aber war jene schroffe Auffassung, wie sie aus Goltdammer zu entnehmen ist, vom menschlichen Standpunkte aus verkehrt und konnte nicht schärfer gebrandmarkt werden, als durch die oben erwähnte Begründung des Gnadengesuches.[4])

Bei der verschiedenen Beurteilung, welche die Tötung auf Verlangen in der Partikulargesetzgebung gefunden hatte, war die einheitliche Regelung im Rahmen des Reichsstrafgesetzbuches sehr zu begrüssen. Doch ist dieser Weg zu dieser Regelung kein leichter gewesen;

1) Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch S. 364. 2) Goltdammers Archiv XXV S. 104 ff. 3) Der Zweikampf S. 40. 4) Auch Abegg (Archiv 1840 S. 434) tritt für Aenderung nur auf dem Gnadenwege ein.

noch im ersten Regierungsentwurf ist eine diesbezügliche Anregung nicht gegeben. Erst auf Antrag von Schwarzes nahm die Regierungskommission eine dem Artikel 157 des kgl. sächsischen Strafgesetzbuches von 1868 wörtlich entsprechende Bestimmung in den zweiten Entwurf[1]) auf, und fügte ihr folgende Begründung[2]) bei: „Es entspricht dem Rechtsgefühl, dass die Tötung eines Einwilligenden, wie sie der Entwurf näher charakterisiert, nicht mit der Strafe belegt werde, wie die gegen den Willen des Getöteten erfolgte Tötung. Aber das ausgesprochene Sittengesetz, dass das Leben ein nicht veräusserliches Gut ist, lässt weder Straflosigkeit noch eine niedrig bemessene Strafe zu. Der Entwurf hat deshalb im Anschluss an die meisten deutschen Strafgesetzbücher eine besondere Bestimmung hierüber aufgenommen, jedoch die Strafe auf den Mindestbetrag von 3 Jahren festgesetzt.“ Die Kommission hat sich also auf den Standpunkt der herrschenden Lehre gestellt, welche der Einwilligung nur bei den veräusserlichen Gütern eine Bedeutung zuerkennt, das Leben jedoch nicht unter diese rechnet, seine Zerstörung also jederzeit und unbedingt bestrafen will. Die Kommission aber hat ebenso wie der Bundesrat den Fall nur deshalb vom Mord gesondert, weil er eine mildere Strafe verdient wie dieser.

Eine andere Beurteilung hat der Fall dagegen in den Reichstagsverhandlungen gefunden, deren Gang für das Verständnis des Paragraphen von Bedeutung ist. Bei Beratung des § 206 — jetzt 211 — beantragte nämlich der Abgeordnete Lasker die Zulassung von mildernden Umständen für den Mord und Streichung des § 211 des Entwurfes — des jetzigen § 216 —. Er subsumierte damit die Tötung auf Verlangen unter den Mordparagraphen und betrachtete ihn lediglich als eine mildere Unterart desselben. Nach Laskers Ansicht war daher eine besondere Bestimmung für Tötung auf Verlangen überflüssig. Demgegenüber stellte der Abgeordnete von Schwarze den Eventualantrag, falls mildernde Umstände für den Mord zugelassen würden, den § 211 des Entwurfes beizubehalten und als besonderen Milderungsfall anzuführen. Allein das Plenum entschied sich gegen

1) cf. Gerichtssaal XXXIV S. 399 ff. 2) Stenographische Berichte 1870 B. III, Nr. 5 S. 70.

den Antrag Lasker — eine Abstimmung über den Antrag von Schwarze war damit überflüssig geworden — und nahm den § 211 und 216 in der Fassung an, wie sie jetzt im Reichsstrafgesetzbuch zu finden ist. Das Plenum des Reichstags ging dabei von der Ansicht aus, dass eine Bestrafung der Tötung auf Verlangen im Interesse der Allgemeinheit erfolgen müsse, wie dies auch der Berichterstatter Evelt[1]) ausgesprochen hat: „Was strafen Sie denn, meine Herren, wenn Sie die Tötung eines Einwilligenden strafen? Sie strafen ja nicht die Tat, dass der Betreffende dem Mann auf Wunsch und Verlangen das Leben genommen hat. Sie strafen nicht den Umstand, dass das Leben des Einzelnen gekürzt ist, sondern vielmehr das Faktum, dass das öffentliche Interesse in der Vernichtung des Lebens des Einzelnen einen tiefen Schaden erleidet. Sie strafen lediglich wegen des verletzten Interesses der Allgemeinheit, nicht wegen des verletzten Rechts des Einzelnen zum Leben."

Der Reichstag hat also, indem er dem Entwurf zugestimmt hat, sich auf den Standpunkt Evelts gestellt und hat den § 211 in der Fassung angenommen: „Ist Jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter 3 Jahren zu erkennen."

Noch aber hat die Entwicklung der Frage über die Bestrafung der Tötung auf Verlangen mit der Regelung im Strafgesetzbuch ihr Ende nicht erreicht. Das Gesetz erweist sich, nachdem es 40 Jahre bestanden, in hohem Grade als reformbedürftig und auch in diesem Punkte fordern Theorie und Praxis übereinstimmend eine Aenderung des geltenden Rechts. Inwieweit der jetzt veröffentlichte Vorentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch diesen Forderungen Rechnung trägt, kann erst nach Besprechung des geltenden Rechts entschieden werden.

1) Stenographische Berichte II 656 ff.

## B. Dogmatischer Teil.

# 1. Die Tatbestandmerkmale der Tötung auf Verlangen nach § 216.

### § 7. Die Tötungshandlung.

Der Gesetzgeber hat aus den Gründen, welche die Motive wiedergeben, im § 216 gegenüber den Tatbeständen der §§ 211 und 212 ein sogenanntes privilegiertes[1]) Delikt aufstellen wollen, d. h. einen leichteren und milder zu bestrafenden Fall, der natürlich mit dem Grunddelikt und seiner Handlung auf gemeinsamer Basis steht. Die strafbare Handlung des § 216 ist also wie im § 211 und 212 die Tötung, d. h. die Vernichtung eines fremden Menschenlebens. Das Gesetz lässt jedoch für die Tat des § 216 ausdrücklich die Frage unentschieden, ob sie mit oder ohne Ueberlegung[2]) ausgeführt wurde, oder mit anderen Worten, ob ohne das Charakteristikum des Verlangens des Getöteten Mord oder Totschlag im Sinne des Gesetzes vorliegen würde.

Die Tötungshandlung muss sich gegen eine andere Person richten, es darf nicht etwa der Lebensmüde selbst die den Tod entscheidend herbeiführende Handlung seinerseits vollendet haben, während sich die Tat des anderen lediglich als Vorbereitungshandlung zur Tötung darstellt. v. Liszt[3]) weist beispielsweise auf die Möglichkeit hin, dass der andere etwa nur die Ofenklappe öffnet, der Lebensmüde dagegen selbst, indem er freiwillig im Zimmer bleibt, durch die ausströmenden Gase den Erstickungstod findet.

Ein passives Dulden von Seiten desjenigen, der den Tod erleiden will, ist ja bis zu einem gewissen Grade zur Vollendung der Tötungshandlung erforderlich, — das Gegenteil, also ein etwaiger Widerstand widerspräche ja seinem, auf den Tod gerichteten Willen, — aber dieses Nichtwiderstreben darf nicht die Tötungshandlung selbst darstellen. Diese muss vielmehr jederzeit von der

1) So Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 331. 2) Überlegung ist nach Allfeld (Lehrbuch S. 368) diejenige Verstandestätigkeit, welche normaler Weise den menschlichen Entschlüssen vorausgeht und vermöge welcher sich der Täter die Tat mit einer ihrer Bedeutung im wesentlichen entsprechenden Deutlichkeit vorführt. 3) Lehrbuch S. 313.

anderen Person ausgehen, welche durch das Todesverlangen dazu veranlasst wurde.

Ein Verhalten des Dritten, in dem von Liszt charakterisierten Sinne, entspräche nicht dem Tatbestande des § 216, würde vielmehr Beihilfe zum Selbstmord darstellen, ein dem Reichsstrafgesetzbuch unbekanntes Vergehen. Dass beide Delikte Aehnlichkeit mit einander haben, dass selbst beide derart in einander übergehen können, dass eine scharfe Trennung oft schwierig sein wird, ist unbestreitbar. Keinesfalls aber besteht völlige Identität beider Tatbestände, wie dies Roedenbeck behauptet. Darnach wäre der Tötende nur das Werkzeug des Getöteten, dieser selbst aber die Seele des Unternehmens; letzteres ist zwar richtig, doch übersieht Roedenbeck, dass der Täter nicht willenlos und mechanisch nach dem Wunsch des Lebensmüden handeln muss, sondern sich diesem Wunsche jederzeit widersetzen kann.

Die Beihilfe zum Selbstmord hat leider im System des Strafgesetzbuches keinen Platz gefunden, was gegenüber der Bestrafung der Tötung aus § 216 als Inkonsequenz zu betrachten ist. Diese Unterlassung damit rechtfertigen zu wollen, dass das Strafgesetzbuch eine Bestrafung des Gehilfen von der des Haupttäters abhängig macht, dass demnach bei Straflosigkeit des Hauptdeliktes auch für die Beihilfe ein gleiches zu gelten habe, wäre nicht stichhaltig. Denn die Gründe, welche gegen die Bestrafung des versuchten Selbstmordes sprechen, können doch bei der Beihilfe kaum in Betracht kommen. Die Annahme, dass der Lebensmüde durch die, wenigstens seiner Ansicht nach, verzweifelte Lage, die ihn in den Tod trieb, ebenso wie durch das Scheitern des Versuchs, welches diese Lage möglicherweise noch durch schwere körperliche Beschädigung verschlimmert, schon hart genug betroffen sei, hat mit der Person des Gehilfen, dessen Motive ganz andere, möglicherweise egoistischer Natur sind, nichts zu tun. Aber selbst wenn diese Motive mit denen des Lebensmüden übereinstimmen und den Gehilfen von der Notwendigkeit der Tötung überzeugt haben, so kommt hier ebenso wie im § 216 das öffentliche Interesse in Betracht, welches an der Erhaltung eines jeden, wenn auch von subjektivem Standpunkt aus wertlosen Menschenlebens, besteht.

## § 8. Das Verlangen.

Die Privilegierung des § 216 gegenüber den übrigen Tötungsdelikten hat ihren Grund vor allem in dem Verlangen des Getöteten als dem bestimmenden Moment. Es fällt zunächst auf, dass der Gesetzestext nicht von Tötung mit „Einwilligung", sondern von Tötung auf „Verlangen" spricht. Der Gesetzgeber hat es also offenbar vermeiden wollen, auch der Tötung eines nur Einwilligenden die gleiche Strafmilderung zuteil werden zu lassen.

Die Einwilligung, d. h. die Uebereinstimmung des Willen des Getöteten mit dem Willen des Täters genügt also nicht, es muss vielmehr der Lebensmüde den Wunsch getötet zu werden, geäussert haben und nicht nur mit der etwa vorhandenen Tötungsabsicht des anderen einverstanden gewesen sein. Der Wunsch nach der Tötung soll in erster Linie von dem Lebensmüden selbst ausgegangen sein.

Das „Verlangen" im Sinne des § 216 mit „Einwilligung" identifizieren zu wollen, wie dies von Ortmann[1]), Hälschner[2]), Roedenbeck[3]) und Holer[4]) geschieht, erscheint nicht richtig. Diese stützen sich vor allem auf den Text der Motive, welche von der Tötung eines Einwilligenden sprechen. Allein dieser wahrscheinlich der Kürze halber gewählte Ausdruck, der auch seinen Grund in der Rechtssprache des gemeinen und Partikular-Rechts hat, hat sicherlich nicht die gleiche Bedeutung wie die Worte des Gesetzestextes. Ebenso wenig besagt die Ueberschrift des sächsischen Strafgesetzbuches, welches von Tötung eines Einwilligenden spricht, da auch hier im Texte das Wort „Verlangen" enthalten ist.

Ferner berufen sich die Vertreter dieser Ansicht auf den Wortlaut des § 142, Abs. 2[5]) des Strafgesetzbuchs, welcher sicherlich auch bei Einwilligung des Verletzten, nicht nur bei Verlangen anzuwenden sei. Allein der

1) Goltdammers Arch. XXV S. 117. 2) B. II, S. 55. 3) Zweikampf S. 44, hat jetzt aber seine Meinung geändert, cf. Gerichtssaal XXXVII, 140. 4) Holer verlangt das Uebereinstimmen der Motive des Verlangenden und des Täters. Diese sind jedoch oft verschieden. 5) „Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher einen Anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht."

§ 142 schützt andere Interessen, bei denen es weniger auf den Willen des Verletzten, als auf das allgemeine Wohl ankommt und es ist daher keine Inkonsequenz, wenn man das „Verlangen" in § 142 und 216 einer verschiedenen Auslegung unterwirft. Der Gesetzgeber aber hat im § 216 entschieden gegenüber der blossen Zustimmung des Verletzten ein Mehr aufstellen wollen und eine erhöhte Garantie gegen den Missbrauch des § 216 schaffen wollen, wie dies ja auch aus den weiteren Zusätzen erhellt.[1])

Von wem die erste Anregung zur Tötung ausgegangen sein muss, ist strittig. Es ist nicht unbedingt erforderlich, dass der Lebensmüde selbst das erste Wort gesprochen hat. Mit Recht weist hier Jeselsohn[2]) auf die Fälle der gegenseitigen Tötung hin, wobei oftmals der Täter selbst den Gedanken des gemeinschaftlichen Todes angeregt hat. Sicherlich ist dem überlebenden Täter die Privilegierung des § 216 zuzubilligen, wenn der Getötete den Wunsch zu sterben nachweislich geäussert hat. Natürlich darf der Täter dieses Verlangen nach dem Tode weder dolos noch mit Gewalt provoziert haben. Charakteristisch ist hier vielmehr, dass, wenn der Täter die erste Anregung gegeben hat, dies aus edlen Motiven, aus Liebe, Mitleid etc. geschehen sein muss, sonst wäre ja auch nicht ein „Bestimmen"[3]) des Täters im Sinne des § 216 vorgelegen.

## § 9. Die Ausdrücklichkeit.

Der Gesetzgeber hat sich nicht mit dem Wort „Verlangen" allein begnügt, sondern ihm durch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit einen besonderen Sinn beigelegt. Es ist dies zunächst so zu verstehen, dass der Lebensmüde sein Todesverlangen mit den im gewöhnlichen Verkehr üblichen Mitteln (Sprache, Schrift) klar und deutlich zu erkennen gegeben hat. Weiterhin ist nach Olshausens[4]) Interpretation die Ausdrücklichkeit auch so zu verstehen, dass ein jedes nur praesu-

1) So auch Binding Handbuch S. 721, Liszt, S. 313, Berner, S. 95, Merkel, S. 307, Breithaupt, S. 49 ff. Kahle, S. 3, Jeselsohn, S. 36. Olshausen Note II, Dohna, S. 142, Schmidt, S. 52, Stoss, S. 87. 2) a. a. O. S. 36. 3) Ebenso Jeselsohn und Oppenhoff, a. M. Rüdorff. 4) § 216 Note III.

miertes oder aus konkludenten Handlungen gefolgertes Verlangen die Anwendung des § 216 ausschliesst. Zu den konkludenten Handlungen zählt er sehr richtig nicht Geberden und Zeichen, aus welchen der Wunsch getötet zu werden unzweideutig erkannt werden kann. Derartige Geberden können und müssen ja wie bei Stummen oder Schwerkranken die mündliche Aussprache vertreten. Dieser Interpretation, welche auch von der Mehrheit[1]) geteilt wird, kann sicherlich mit gutem Gewissen beigetreten werden. Anderer Ansicht sind bezüglich der Einwilligung im allgemeinen Wessely[2]), Schaffrath[3]) und Breithaupt[4]) und bezüglich des § 216 insbesondere Ortmann.[5]) Sie alle erklären stillschweigende Einwilligung durch konkludente Handlungen für genügend. Allein es liegt hier die Gefahr nahe, dass mit dem Nachweis solcher konkludenten Handlungen zu leicht Missbrauch getrieben werden könnte, um den Mörder der leichteren Strafe des § 216 teilhaftig werden zu lassen. Es liegt daher auch kein Grund vor, dem Vorschlag Meyers[6]) und Jeselsohns[7]) zuzustimmen, welche stillschweigende Erklärungen de lege ferenda zulassen wollen. Es wäre dies eine Abschwächung des geltenden Rechts, welche über das gesteckte Ziel hinausginge.

Unter „ausdrücklich" ist im Sinne des § 216 auch zu verstehen, dass das Verlangen ein unbedingtes, sofort, d. h. sobald es angängig ist, zu erfüllendes sein muss. Es soll zwischen dem Verlangen und seiner Ausführung zeitliche Kontinuität bestehen, denn leicht könnte bei Verstreichen eines grösseren Zeitraumes bei dem anfangs Lebensmüden durch irgend welche Umstände die Lust zum Leben wieder erwacht sein, ohne dass ihm Gelegenheit gegeben wäre, sein Verlangen nach dem Tode zu widerrufen.

Ein Widerruf aber muss jederzeit wirksam sein können und in diesem Sinne allein besteht eine rechtliche Dispositionsbefugnis des Individuums über sein Leben, denn niemand ist verpflichtet, seinen früheren Willen, der dem jetzigen konträr ist, unbedingt gegen sich gelten

1) Binding I. S. 72. v Holtzendorff, Hdb. III, S. 445, Hälschner II. S. 55. Oppenhoff Nr. 5. Rüdorff Nr. 4. 2) Haimerls Vierteljahrsschrift B. I 1858. S. 264. 3) Theorie des allgemeinen Tatbestands, S. 221. 231. 4) a. a. O. 5) a. a. O. 6) Lehrbuch S. 317. 7) S. 39. a. a. O.

zu lassen und es wäre Mord, im Sinne des Strafgesetzbuches, wenn der Täter den Todesstreich führte, ohne sich nochmals davon zu überzeugen, dass der Wille seines Opfers tatsächlich auf den Tod gerichtet ist. Sehr richtig weist Holtzendorff darauf hin, dass die Rechtsnormen des zivilen Rechtsverkehrs auf das Strafrecht nicht anwendbar sind; eine Beschränkung der Möglichkeit des Widerrufs etwa durch Einhaltung bestimmter Fristen wäre hier ein Unding. Anderer Ansicht ist hierüber Pollack[1]), der ein auf zukünftige Tötung gerichtetes Verlangen ebenso wie ein bedingtes für möglich hält. Dem gegenüber lässt sich behaupten, dass Fälle wie die von ihm als Beispiel verwandten, tatsächlich nie vorkommen werden, dann aber erhält der Täter auch nicht durch die Tatsache des Fristablaufs allein nach dem Willen seines Opfers ein Recht auf die Tötung, wenn er nicht die Ueberzeugung gewonnen hat, dass sie dem tatsächlichen Willen des Getöteten entspricht. Er könnte sich höchstens darauf berufen, dass der Getötete das Todesverlangen nicht widerrufen habe, und dass er infolgedessen den Willen nach dem Tode noch als bestehend habe annehmen können. Der Täter wäre dann über das Vorhandensein eines Tatumstandes im Unklaren gewesen, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, was gemäss § 59 des Strafgesetzbuches die Anwendung des § 216 trotzdem ermöglichen würde.

## § 10. Die Ernstlichkeit.

Ein weiteres Erfordernis des § 216 ist, dass das ausdrückliche Verlangen auch ein „ernstliches" sein soll. Mit Unrecht tadelt deshalb Kessler[2]) den Gesetzgeber, der sich ängstlich scheue, der Einwilligung bei der Tötung nur ja keinen weiteren Spielraum zu gewähren. Allein diese Vorsicht des Gesetzgebers den besonders gearteten Fall der Tötung auf Verlangen durch genau und scharf präzisierte Merkmale zu umgrenzen, ist sicherlich nur zu loben und die Hinzufügung des Wortes „ernstlich" ist nicht überflüssig gewesen.

Vor allem soll durch diesen Zusatz jede Möglichkeit ausgeschlossen werden, einem etwa im Scherz geäusser-

1) S. 29 ff. a. a. O. 2) S. 81 a. a. O.

ten Tötungsverlangen irgend welche Bedeutung beizulegen, obgleich ein scherzhaftes Verlangen, welches als solches erkannt wird, nie eine dem tatsächlichen Willen des Verlangenden widersprechende Wirkung haben sollte. Eine Tötung trotz der Erkenntnis des Scherzes wäre also Mord bezw. Totschlag.

Wie aber steht es, wenn ein nur scheinbar ernstlich gemeintes Verlangen von dem, an den es gerichtet war, für den wahren Willen des Anderen gehalten wurde und ihn zur Tötung veranlasste? Zweifellos steht auch dem Täter, der an die Ernstlichkeit des Verlangens glaubte, der Schutz des § 59 des Strafgesetzbuches[1]) zur Seite. Anderer Ansicht ist hierüber von Liszt[2]), der einem Irrtum über die Qualitäten des Verlangens oder über dieses selbst, eine die Anwendbarkeit des § 216 ausschliessende Bedeutung beimisst.

Vor allem jedoch soll durch das Erfordernis der Ernstlichkeit nur einem bestimmten Personenkreis die Möglichkeit gegeben werden, ein solches, das wichtigste Rechtsgut betreffendes Verlangen zu äussern oder negativ ausgedrückt, es sollen gewisse Personen von der Möglichkeit eines solchen Schrittes ausgeschlossen werden. Die Interpretation hat sich daher bemüht, diesen Personenkreis zu bestimmen. Am weitesten geht hierin wohl von Liszt[3]), der unter einem ernstlichen Verlangen, die freie zurechnungsfähige Aeusserung eines Erwachsenen versteht. Damit sind alle Minderjährigen und alle diejenigen, welche nicht im vollen Besitz ihrer geistigen Kräfte sind, ausgeschaltet.

Es ist nun nicht recht einzusehen, wie von Liszt den Begriff des „Erwachsenen" zeitlich begrenzen will. Es geht nicht an, hier die Normen des Zivilrechts auf die Beurteilung im Strafrecht uneingeschränkt anzuwenden. Diese können nur insoferne zugrunde gelegt werden, als dem Geschäftsunfähigen im Sinne des § 104 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dem Kind bis zum vollendeten 7. Jahre, jede Möglichkeit abzusprechen ist, bezüglich des wichtigsten Rechtsguts eine selbständige Entscheidung zu treffen, zu der das Kind seiner ganzen kör-

1) So auch Hartmann, bei Grünhut B. XXVII, S. 741.
2) Liszt, S. 313. Ebenso Binding Handbuch S. 721. Dieser hat jedoch im Lehrbuch und Grundriss seine Ansicht geändert.
3) S. 313, ebenso Kahle, S. 4 und Puchelt Nr. 1.

perlichen und geistigen Entwicklung nach in der Regel nicht fähig sein wird. Ebenso wenig geht es an, nach dem Vorschlage Schapers[1]) erst vom Zeitpunkt der Grossjährigkeit ab, also vom 21. Lebensjahr an, die Grenze des Erwachsenseins zu fixieren. Demnach könnte ein 20jähriger, der geistig vielleicht weit über sein Alter entwickelt ist, ein ernstliches Todesverlangen nicht stellen. Es ist also entschieden dieser Zeitpunkt zu weit hinausgerückt. Ebenso wenig bietet die Grenze der Strafunmündigkeit irgend einen Anhalt. Es handelt sich doch nicht um die Möglichkeit einer Bestrafung und es wäre das vollendete 12. Lebensjahr des § 55 des Strafgesetzbuches ebenso wenig eine richtige Fixierung wie das strafantragsfähige Alter des § 65 des Strafgesetzbuches, das vollendete 18. Lebensjahr. Auch letzteres wäre eine rein mechanische Abgrenzung, obwohl es vielleicht den betreffenden Zeitpunkt am besten fixieren würde, denn ein 18jähriger, dem von Gesetzes wegen das nötige Verantwortlichkeitsgefühl zugemutet wird, zur Möglichkeit der Bestrafung eines anderen Menschen den entscheidenden Schritt zu tun, sollte auch normaler Weise fähig sein, sich darüber klar zu werden, was ein Verlangen nach Tötung zu bedeuten habe. Am vernünftigsten und annehmbarsten erscheint in dieser Hinsicht Holtzendorffs[2]) Ansicht, der keine mechanische Festsetzung der Altersgrenze wünscht, dagegen eine jedesmalige Prüfung durch den Richter, der nach Lage der gesamten Nebenumstände, der Familie, Begabung und Bildungsklasse des Getöteten entscheiden soll, ob dieser fähig war, ein ernstliches „seiner wahren Willensrichtung entspringendes" Verlangen[3]) nach dem Tode zu äussern. Die Richtigkeit dieser Auffassung beweist auch ein Fall, der sächsischen Gerichtspraxis, in dem das Verlangen eines 13jährigen Knaben als vollwirksam angesehen wurde, da es bei dem unheilbaren Leiden des Kindes und bei der Notlage seiner Familie als wahrscheinlich erschien, dass der Knabe den Tod herbeigesehnt hatte.

Was ferner die von Liszt ebenso wie von Olshausen und Puchelt geforderte Zurechnungsfähigkeit des Verlangenden betrifft, so herrscht auch hierüber

1) Holtzendorffs Handbuch B. II S. 130. 2) Handbuch Bd. III 445 ff. Ebenso Breithaupt S. 19 ff. 3) So Frank, 216 3.

Meinungsverschiedenheit. Binding[1]) und Holtzendorff leugnen die Notwendigkeit dieses Erfordernisses, indem namentlich letzterer darauf hinweist, dass auch bei Geisteskranken Möglichkeiten eintreten können, in denen ihnen der Tod als Erlösung ihrer Leiden erwünscht ist und trotz ihres beschränkten Vorstellungs- und Denkvermögens ihrem wahren Willen entspricht. In der Tat lassen sich solche Fälle[2]) denken und es wäre dann grausam, den Täter, der den Bitten des Geisteskranken gehorsam ihn aus Mitleid getötet hat, als Mörder mit dem Tode zu bestrafen. Jedoch der Vorschlag Holtzendorffs, die Beurteilung hierüber ebenfalls als quaestio facti dem freien richterlichen Ermessen zu überlassen, hat seine Bedenken, soweit es sich auf die lex lata bezieht.

Sicherlich muss hier, was bezüglich der Annahme der Ernstlichkeit gesagt wurde, analog auf die Annahme der Zurechnungsfähigkeit angewandt werden. War dem Täter die Geisteskrankheit oder momentane Unzurechnungsfähigkeit — ein in der Trunkenheit gestelltes Tötungsverlangen ist sicherlich bedeutungslos — nicht bekannt und konnte er sie auch nicht annehmen, so ist er durch diesen error facti vor der Anwendung des § 211 geschützt.

## § 11. Das Bestimmen.

Der Täter soll durch das Verlangen des Getöteten zur Ausführung „bestimmt" worden sein. Den gleichen Ausdruck gebraucht der § 48 für die Anstiftung. Nach Rüdorff-Appelius besteht das „Bestimmen" im Hervorrufen eines Entschlusses zur Begehung einer konkreten Tat bei einer anderen, nicht notwendig individuell bestimmten Person. Die von Wieman für den § 48 als Charakteristikum bezeichnete böse Absicht des An-

1) Ein Beispiel dieser Art zeigen uns Ibsens „Gespenster" dritter Akt. Das Todesverlangen Oswald Alvings ist sicher als ernstgemeintes und gewolltes aufzufassen, trotzdem kein Zweifel darüber bestehen kann, dass er im Augenblick des Verlangens bereits dem kurz darnach in seiner vollen Stärke ausbrechenden ererbten Wahnsinn verfallen ist und unter dem Eindruck seiner Kenntnis handelt.
2) Lehrbuch Seite 35. Ein ernstliches Verlangen kann auch ein Wahnsinniger stellen; im Handbuch dagegen verlangt Binding die bewusste Zustimmung eines geistig gesunden Menschen.

stifters ist als Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Bestimmen des § 216 nach der Rüdorff'schen Definition unwesentlich. Die böse Absicht bei der Anstiftung kommt erst bei der Tat zum Ausdruck, zu welcher der Andere angestiftet werden soll.

Es soll also durch das Verlangen des Lebensmüden nach dem Tode der Entschluss zur Tötung in dem Täter hervorgerufen worden sein; dass die erste Anregung hiezu vom Täter selbst ausgehen kann, den ja in der Regel wenigstens altruistische Motive antreiben werden, wurde bereits betont. Niemals aber darf durch Vorspiegelung falscher Tatsachen oder durch gewaltsame Akte in dem an sich nicht Lebensmüden der Entschluss wachgerufen werden, den Tod von dem Anderen zu begehren. Der Liebhaber, der nur um sich einen ihm unbequemen Verhältnis zu entziehen, der Geliebten den Gedanken gegenseitiger Tötung vorstellt und in der Absicht selbst am Leben zu bleiben, sie zur Aeusserung eines Tötungsverlangens veranlasst, ist nicht durch das erschlichene Verlangen bestimmt worden. Der Dolus des Täters ist eben das wesentliche. Dieser besteht in § 216 nur im Wollen der Tötung, soweit er mit dem Willen des Getöteten übereinstimmt.[1]) Dieser aber würde nie ein solches Todesverlangen äussern, wenn er von den Gedanken des Täters und der wahren Sachlage Kenntnis hätte.

Eine andere Frage ist es, ob einzig und allein das Verlangen des Getöteten den Entschluss des Täters hervorgerufen haben muss. Angenommen, der Täter hätte ein Interesse am Tode des Anderen, etwa wegen einer zu erwartenden Erbschaft, oder einer von den Angehörigen versprochenen Belohnung und jener Andere erbittet nun von ihm seinen Tod aus freien Stücken, so ist es sicher nicht allein das Todesverlangen, welches den Täter zu dem entscheidenden Schritt veranlasst. Ob die Tat dann nach § 216 zu beurteilen ist, hängt in erster Linie davon ab, welche Rolle in der Reihe der Gründe, die zur Ausführung der Tat drängten, das Todesverlangen gespielt hat. Die meisten Theoretiker[2]) wollen jedoch jedes

1) Gerichtssaal Beilageheit zu Bd. XXIX S. 200 von Buri. Anderer Meinung Hücking, Archiv XXXV S. 169 ff. und Binding Normen B. II. S. 513, welche beide für § 216 den gewöhnlichen Tötungsdolus annehmen. 2) Olshausen Nr. 3 Schütze, S. 381 Nr. 8, Hälschner II 56. Puchelt Nr. 1 Rubo Nr. 3 v. Schwarze Nr. 2, Kessler, S. 82, Ortmann, a. a. O., S. 118.

mitbestimmende Nebenmoment ausschliessen und somit bei Vorhandensein eines solchen nur § 211 und 212, niemals 216 anwenden. Dem ist aber schon deshalb entgegen zu treten, weil die menschlichen Entschlüsse in der Regel nicht das Resultat eines einzigen bedingenden Faktors, sondern einer Reihe von Faktoren sind, deren einer eben dann durch sein Uebergewicht das Eintreten des Erfolges in letzter Linie veranlasst. Ferner aber wird nach Ausführung der Tötung der Nachweis, welches denn eigentlich der entscheidende Faktor gewesen ist, sich meist sehr schwierig gestalten und es wird dann vor allem die Frage zu untersuchen sein, ob ein Verlangen des Getöteten nach dem Tode bestanden habe, und ob es gegenüber etwa vorhandenen egoistischen Momenten den Ausschlag gegeben hat. Etwa zu Tage tretende verwerfliche Beweggründe, die bei diesem Entschlusse mitbestimmend waren, schliessen die Anwendbarkeit des § 216 nicht aus und werden nur zu einer Erhöhung der Strafe im Rahmen des Gesetzes Veranlassung geben.

Es schliesst sich nun die weitere Frage an, ob die jenes Verlangen bedingenden Motive des Getöteten von irgend welcher Bedeutung auf die Tötung selbst sind. Diese Frage ist zu verneinen, zumal da der Täter nicht notwendigerweise Kenntnis von jenen Motiven haben musste. Sollten aber diese Motive selbst verbrecherischer Natur sein — Jeselsohn weist hier auf die Möglichkeit der Gewinnung einer Lebensversicherungsprämie hin —, so schliessen sie die Anwendbarkeit des § 216 nicht aus.[1]) Ist doch der Einsatz des Lebens gegenüber dem etwa so entstehenden Gewinn ein viel zu bedeutender, als dass jemand leichtfertiger Weise nur aus diesem Grunde ein Tötungsverlangen äussern würde und selbst, wenn dieser Fall wirklich einträte, so wäre dies noch kein Grund, den Täter als Mörder zu bestrafen, da ja auch er von der Ungleichheit dieses Einsatzes überzeugt sein muss und demgemäss das von dem Anderen geäusserte Motiv gegenüber der Sehnsucht nach dem Tode doch nur als untergeordnetes Moment betrachten kann.

1) Anderer Ansicht hierüber Schaper, Holtzendorffs Handbuch B. II S. 130.

An wen das Verlangen des Getöteten gerichtet gewesen sein muss, ist strittig. Im allgemeinen wird wohl nur an eine vorher präzis bestimmte Persönlichkeit zu denken sein. Für andere, Dritte, denen der Zufall Kenntnis von diesem Todesverlangen verschafft hat, ist der Lebensmüde kein Objekt der Tötung nach § 216, sie würden vielmehr nach § 211 bezw. 212 zu beurteilen sein, wenn sie den Willen des Lebensmüden, der nur gegenüber der einen bestimmten Person gilt, in die Tat umsetzen würden. Dieser Wille konzentriert sich eben in der Regel auf diese bestimmte Person, welche den Tod herbeiführen soll. Diese wird ihm meistens wegen Blutsverwandtschaft oder Freundschaft besonders nahe stehen. Infolgedessen wäre eine Ueberwälzung dieses Liebesdienstes auf die Schultern anderer nicht im Sinne des Lebensmuden. Dieses Verlangen kann sogar noch weiter beschränkt werden, indem eine ganz bestimmte Todesart vereinbart wird. Diesen Wunsch muss der Täter dann respektieren und darf z. B. nicht, wenn die Tötung durch Gift gewunscht war, den Tod durch Erstechen oder Erschiessen herbeiführen. Es wird sich ja hier meist darum handeln, dem Lebensmüden den letzten Weg zu erleichtern, sodass eine andere Tötungsart gerade das Gegenteil, schlimmere Leiden, heraufbeschwören würde.[1])

Denkbar ist es aber auch, dass das Verlangen des Getöteten sich nicht an eine bestimmte Person gerichtet hat, dass nur der Wunsch, dem Leben entrissen zu werden, massgebend ist. Es wird im allgemeinen dem Lebensmüden gleichgültig sein, wer ihm das befreiende Gift reicht. Es wird daher der Assistent des Arztes, der in der Dunkelheit und unerkannt, statt seines Chefs dem Patienten das Gift beigebracht hat, trotzdem er eigentlich nur mittelbar durch den Wunsch des Lebensmüden nach dem Tode bestimmt wurde, nach § 216, nicht nach § 211 zu beurteilen sein. Der Wunsch nach Tötung kann sich auch an einen grösseren Personenkreis wenden und aus diesem Kreise kann dann jeder einzelne dadurch zur Tat bestimmt werden. Wenn z. B. ein Schwerverunglückter, dessen Tod unausbleiblich ist, die Umstehenden flehentlich bittet ihn zu töten, so fällt die Tat, wenn sie zur Ausführung kommt, unter den Tatbestand des § 216.

1) So auch Ortmann, a. a. O.

Der Sondertatbestand des § 216, wie er charakterisiert wurde, lässt den Willen des Gesetzgebers bezüglich der Privilegierungsgründe und ihrer Wirkung deutlich erkennen. Schwieriger dagegen ist die Frage, welche Bedeutung dem § 216 im System des Strafgesetzbuches zukommt, namentlich auch wie sein Verhältnis zu den übrigen Tötungsdelikten zu beurteilen ist.

## § 12. II. Enthält der § 216 ein selbständiges „Vergehen"?

Die mit Recht von den meisten Schriftstellern aufgeworfene und in ihrer Bedeutung auch nach der prozessualen Seite hin von Jeselsohn[1]) gewürdigte Frage ist, ob der § 216 im Verhältnis zu § 211 nur einen mildernden Umstand begründet, oder ob der Gesetzgeber hier ein selbständiges Vergehen habe aufstellen wollen. Wie die Theorie, so hat sich auch die Praxis des Reichsgerichts mit dieser Frage beschäftigt, ist aber in ihren verschiedenen Entscheidungen zu keinem übereinstimmenden Urteil gelangt. Von der Beantwortung dieser Frage aber hängt die Strafbarkeit des Versuches aus § 216, die Möglichkeit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in erster Linie ab, ebenso ist sie in prozessualer Beziehung hinsichtlich der Zuständigkeit des erkennenden Gerichtes und der Fragestellung vor dem Schwurgericht von ausschlaggebender Bedeutung. Dass im § 216 ein delictum sui generis vorliegt, hat das Reichsgericht in der Plenarentscheidung vom 8. Februar 1896[2]) nach eingehender Begründung bejaht. Es hat sich damit auf den Standpunkt seiner früheren Entscheidungen[3]) gestellt. Massgebend für diese Ansicht ist dem Reichsgericht zunächst die Entstehungsgeschichte. Im Königreich Sachsen, dessen Strafgesetzbuch der Paragraph entnommen wurde, hat man die Tat des § 216 stets als delictum sui generis behandelt, wofür ausser der Stellung des Art. 157 im System des sächsischen Strafgesetzbuchs auch das Zeugnis von Schwarzes[4]) spricht. Dass auch die Gesetzbücher von Hessen, Braunschweig,

1) S. 27 a. a. O. 2) Bd. 28. S. 200 ff. 3) Bd. II S. 442 und Bd. XXIV S. 369. 4) Gerichtssaal Bd. XXXIV S. 399.

Hamburg etc. diese Auffassung teilten, hat das Reichsgericht im Gegensatz zur Ansicht des Oberreichsanwalts angenommen. [1])

Die fernere Entstehungsgeschichte des § 216 führt zu den Verhandlungen im Reichstag. Wenn auch die Aeusserungen einzelner Abgeordneter nicht als Meinung der gesamten gesetzgebenden Körperschaft zu betrachten sind, und wenn auch zuzugeben ist, dass die Beschlüsse dieser Körperschaft vielleicht durch eine Zufallsmajorität entstanden sind und nicht unbedingt deren wahren Willen ausdrücken müssen, so sind die oben geschilderten Vorgänge, die sich bei der Schaffung der Spezialvorschrift in § 216 abspielten, sicherlich keine zufälligen Aeusserungen. Mag man immerhin einwenden, dass die Mehrheit des Reichstages sich nur gegen Zulassung mildernder Umstände beim Mord sträubte, so war bei den leitenden Kreisen — die Worte des Referenten Evelt und des Justizministers Leonhard lassen hierüber keinen Zweifel zu — der Gedanke massgebend, ein eigenartiges Spezialdelikt in § 216 zu schaffen und diese Idee ist von der Mehrheit der Abgeordneten angenommen worden.

Eine weitere Bestätigung findet die Behauptung der selbständigen Natur des § 216 im System des Strafgesetzbuches. Es wird hier zunächst der Tatbestand des Mordes und Totschlages aufgestellt (§§ 211 und 212), sodann folgen für letzteren die strafmildernden und erhöhenden Umstände (§§ 213—215 [2]), dann erst kommt der Tatbestand der Tötung auf Verlangen und des Kindsmordes (§§ 216 und 217). [3]) Der letztere gilt ziemlich allgemein als selbständiges Vergehen, da hier nur von „Töten in oder bei der Geburt“ die Rede ist, also nicht unter-

---

1) Mit Recht bemerkt hiezu Katzenstein Z. St. W. B. XXIV S. 548, dass dem § 216 die sichere Grundlage der preussischen Gesetzgebung fehle, daher die Streitigkeiten über die Bedeutung der andern partikularrechtlichen Bestimmungen. 2) Von Buri, a. a. O., nimmt auch für §§ 214 und 215 das Bestehen eines selbständigen Tatbestandes an, bezügl. ersterem im Gegensatze zur Entscheidung des Reichsgerichts B. XII S. 253. 3) Goltdammers Archiv Bd. XXXV S. 169 ff. glaubt gerade aus der Stellung im System die Unselbständigkeit des § 216 ableiten zu können, indem er behauptet, dass andernfalls § 217 als das schwerere Delikt hätte vorangestellt werden müssen, ein Verfahren, welches das Strafgesetzbuch nirgends konsequent durchgeführt hat.

schieden wird, ob die Tat mit oder ohne Ueberlegung ausgeführt wurde. Das gleiche ist, wie erwähnt, in § 216 der Fall, der somit ebenfalls Mord und Totschlag ungeschieden enthält. Daraus will nun Hücking[1]) folgern, dass dieser Tötungsbegriff nur ein Torso sei, der seine nähere Erklärung erst aus §§ 211 und 212 erhalte. Er versteigt sich sogar zu dem kühnen Vergleich, dass § 216 noch mit der Nabelschnur mit § 211 zusammenhänge, übersieht aber dabei, dass der direkte Zusammenhang durch die §§ 213—215 unterbrochen ist. Diese Reihenfolge hat nicht nur „architektonische Gründe", sondern ihre innere Berechtigung in der anders gearteten Natur des § 216 gegenüber §§ 213—215. Es ist auch nicht recht einzusehen, weshalb man für das Wort Tötung auf den Tatbestand der §§ 211 und 212 zurückgreifen muss, da in keinem dieser Paragraphen der Begriff eine nähere Erklärung gefunden hat. Die Wiederholung desselben Ausdrucks erklärt sich aber daraus, dass der Tatbestand des § 216 sowohl gegenüber dem Mord als auch gegenüber dem Totschlag ein privilegiertes Delikt bildet. Daraus erklärt sich der allerdings bestehende enge Konnex zwischen diesen Paragraphen. Gerade aber im letzteren Umstande liegt ein starker Beweis gegen die Hücking'sche Auffassung. Im ganzen Strafgesetzbuch wäre dies der einzige Fall, dass für zwei Delikte gemeinsam ein einziger mildernder Umstand aufgestellt wäre. Dies widerspräche völlig der Redaktion des Strafgesetzbuches.

Wenn ferner von der gegnerischen Seite[2]) die Schwierigkeit der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren dafür als Beweis angeführt wird, dass § 216 nur ein mildernder Umstand zu § 211 sei, wie dies auch das Reichsgericht[3]) allerdings ohne ausreichende Begründung annimmt, so ist dagegen einzuwenden, dass die angeführten Gründe schon deshalb nicht stichhaltig sein können, weil bei der Schaffung des Strafgesetzbuches eine gemeinsame Reichsstrafprozessordnung weder existierte noch in Aussicht genommen war. Man hat also auf die Bedürfnisse des prozessualen Verfahrens hiebei keine Rücksicht genommen.

1) a. a. O. 2) z. B. Garrelts, a. a. O. 3) Rechtssprechung Bd. VI, S. 225, Entscheidungen B. XII S. 253 und XX 351. 4) Ebenso Mettgenberg Z. St. W. B. 27. S. 564.

Ferner glaubt Garrelts, dass aus der Fassung des § 216 („so ist zu erkennen") darauf geschlossen werden kann, dass hier lediglich eine Strafmilderung, kein delictum sui generis vorliege. Allein diese und ähnliche Ausdrucksweise findet sich wiederholt im Strafgesetzbuch auch bei nachweislich selbständigen Tatbeständen. Aus der Fassung des Paragraphen lässt sich also kein Schluss auf seine Rechtsnatur ziehen.[1])

Ein fernerer Beweis für die selbständige Natur des § 216 ergibt sich aus dem eigenartigen Dolus dieses Deliktes, über dessen Art bereits oben gesprochen wurde. Der Vorsatz des Täters geht hier von anderen Momenten aus, wie bei Mord oder Totschlag, nämlich von dem Wunsche des Lebensmüden nach dem Tode, und er umfasst die Tötungshandlung nur insoweit, als sie mit diesem Wunsche übereinstimmt. Daher rechtfertigt schon die Annahme dieses Dolus für § 216 die Annahme eines Sondertatbestandes.[2])

Die heute von der Mehrheit der Theoretiker[3]) zumeist auf Grund obiger Beweise des Reichsgerichtes angenommene Ansicht geht also dahin, in § 216 ein selbstständiges Vergehen und nicht einen Milderungsgrund des Mordes zu erblicken. Anderer Ansicht sind ausser den zuletzt erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts Kohler,[4]) Löwe,[5]) Oppenhoff,[6]) Garrelts,[7]) Hälschner,[8]) Wieman[9]) und Hücking[10]).

Was nun das Verhältnis des § 216 zu den §§ 213 bis 215 betrifft, so sind hierüber die Ansichten ebenfalls geteilt. Ein Zusammentreffen der Tatbestände des § 214 (Tötung bei Unternehmung einer strafbaren Handlung) mit § 216 ist natürlich begrifflich ausgeschlossen. Schwieriger ist das Verhältnis zu § 213. Die Ansicht, dass § 216 nur ein Spezialfall von § 213 sei, indem er von den „sonstigen mildernden Umständen" dieses Paragraphen das Verlangen des Getöteten als besonders mildernden Umstand herausnehme, ist aus zwei Gründen unrichtig. Zunächst hat erst der Reichstag den Zusatz „der sonstigen mildernden Umstände" in den Text des

1) Ebenso Mettgenberg, Z. St. W. 27564. 2) a. M. Binding, Normen II 513 und von Schwarze. 3) Ebenso auch das preussische Obertribunal siehe Rechtsprechung bei Oppenhoff XIX, S. 175. 4) Studien I, 128. 5) Zu § 262 St.P. 6. 6) Zu § 216, 6, 7) a. a. O. 8) II, S. 58. 9) S. 38 a. a. O. 10) a. a. O.

§ 213 eingefügt, während der § 216 bereits im Regierungsentwurf enthalten war, dann aber wäre es inkonsequent, wenn dieser besonders privilegierte mildernde Umstand eine bei weitem härtere Bestrafung herbeiführen sollte, während er doch, wenn nicht eine mildere, so wenigstens eine gleichartige Behandlung rechtfertigen müsste. Ferner aber übersehen die Anhänger dieser Ansicht, dass § 216 auch die Tötung mit Ueberlegung bestraft, die ja gar nicht unter den Tatbestand des § 213 fällt.

Nach richtiger, freilich auch bestrittener[1]) Ansicht schliesst die Konstatierung, dass für die Tötung das Verlangen des Getöteten das bestimmende Moment gewesen sei, die Anwendung des § 213 aus.[2])

Im Tatbestand des § 215 endlich hat das Strafgesetzbuch einen besonders streng zu bestrafenden, einen qualifizierten Tötungsfall aufstellen wollen, da bei dem Aszendententotschlag der Dolus einer besonders niedrigen Gesinnung des Täters angenommen wird. Wird nun der Aszendent auf sein Verlangen hin von seinem Abkömmling getötet, so fällt selbstverständlich für den Täter diese Erhöhung der verwerflichen Gesinnung weg. Im Gegenteil, es treten altruistische Motive an deren Stelle, da ja der Deszendent nur das will, was auch der Lebensmüde wünscht. Es ist daher keine Berechtigung mehr für die Qualifikation des § 215 vorhanden und an deren Stelle hat die Privilegierung des § 216 zu treten.[3])

## § 13. III. Die Strafbarkeit des Versuches.

Aufs engste zusammenhängend mit der Frage, ob das Verlangen im § 216 einen strafmildernden Umstand zu § 211 oder ein delictum sui generis begründet, ist die Frage nach der Strafbarkeit des Versuches aus § 216.

Die Vertreter der ersteren Ansicht betrachten die Tötung auf Verlangen als Unterart des Mordes, als ein „Verbrechen" im Sinne des § 1 des Strafgesetzbuches und müssen daher gemäss § 43 des Strafgesetzbuchs die Be-

1) Z. B. v. Binding Handbuch S. 468 u. Thomsen Gerichtssaal B. XXX, S. 90. 2) der gleichen Ansicht Guderian mit der Begründung, dass § 216 die Materie erschöpfend behandle. 3) Ebenso Binding Handbuch S. 528 Anm. 13.

strafung des Versuches aus § 216 fordern. Die Strafe wäre in diesem Falle schwankend von 9 Monaten bis zu 4 Jahren und 364 Tagen Gefängnis nach § 44, 4 des Strafgesetzbuches.

Wer dagegen den § 216 als delictum sui generis, als ein „Vergehen" betrachtet, muss sich dazu verstehen, den Versuch aus § 216 für straffrei zu erklären, da nach § 43, 2 des Strafgesetzbuchs der Versuch nur derjenigen Vergehen bestraft werden kann, bei denen das Gesetz die Bestrafung ausdrücklich bestimmt hat. Dies ist bei § 216 nicht erfolgt und es hat daher der Versuch straflos zu bleiben.

Einen anderen Weg hat das Reichsgericht[1]) und mit ihm auch einige Theoretiker eingeschlagen. Diese erkennen zwar ausdrücklich die Selbständigkeit des Vergehens in § 216 an, wollen jedoch die bei dem Versuch, dessen Straflosigkeit an sich von ihnen auch zugestanden wird, begangene Körperverletzung nach § 223 ff. des Strafgesetzbuches bestrafen. Hat die Kugel den Tötungszweck nicht erreicht und nur eine Verletzung des Opfers zur Folge gehabt, welche möglicherweise eine „schwere" im Sinne des Gesetzes ist, dann soll der Täter für den Versuch viel härter bestraft werden, wie für das vollendete Delikt. Diese grausame Inkonsequenz ist auf keine Weise zu rechtfertigen. Es mag an sich wohl richtig sein, dass, wie das Reichsgericht annimmt, eine Tötung ohne vorhergehende Verletzung unmöglich ist, und dass das Verlangen der Tötung auch das der Verletzung mit einschliesst, aber der Wille des Lebensmüden ist doch auf den Tod als Endziel gerichtet und kann eben die unumgängliche Verletzung höchstens als notwendigen Durchgangspunkt dazu wünschen. Doch ist hier nicht so sehr der Wille des Getöteten oder Verletzten massgebend, als der des Täters. In den meisten Fällen handelt dieser doch aus edlen und von Mitgefühl diktierten Motiven heraus. „Er will ja seinem Opfer nur die Qualen des Lebens verkürzen, nicht ihm neue Schmerzen bereiten. Sein Dolus geht also nicht auf Verletzung, sondern einzig und allein auf Tötung und es ist daher nicht angängig, ihn für die nicht beabsichtigte Körper-

1) Entscheidungen B. II, S. 442; B. 24, S. 369, B. 28, S. 200. Ebenso von Liszt, S. 313 u. Schlecht Lehre von qualifizierten Versuch ff. S. 28.

verletzung zu strafen. Für den Fall des dolus eventualis, dass der Täter zwar eine Körperverletzung für möglich gehalten hat, trotzdem aber die auch möglicherweise zu einer Verletzung führende Tötung gewagt hat, will z. B. Katzenstein[1]) wegen Körperverletzung strafen, doch muss der Täter eine solche Verletzung jederzeit in seine Berechnungen einschliessen und wird sich daher nach Kräften bemühen, sie auszuscheiden. Für Fälle dieser Art, bemerkt sehr richtig Köhler[2]), liesse sich ebenso Mordversuch wie Körperverletzungsversuch annehmen, da beide Tatbestände selbständige Delikte gegenüber § 216 bilden, ebenso weist Köhler darauf hin, dass der den Tod Verlangende unmöglich dem Täter des volle Risiko für das Gelingen der Tötungsabsicht aufbürden kann, das dieser auch nicht auf sich zu nehmen imstande ist. Wenn das Reichsgericht nun selbst zugesteht, dass für das vollendete Tötungsdelikt der Vorsatz der Körperverletzung absorbiert wird, so liegt nach Köhler auch kein Grund vor, das gleiche nicht auch für den Versuch des Deliktes gelten zu lassen.

Der weiteren Begründung jener reichsgerichtlichen Entscheidung, dass es an einer die Bestrafung des Versuchs regelnden gesetzlichen Bestimmung fehle, begegnet Guderian[3]) sehr geschickt mit dem Hinweis darauf, dass § 216 in Verbindung mit § 43, 2 eine solche Handhabe biete, aus welcher der Wille des Gesetzgebers deutlich genug zu erkennen ist. Die von Meyer[4]) versuchte Beschränkung auf die schwere Körperverletzung in diesen Fällen erübrigt sich durch das Antragsrecht des Verletzten, welches die Strafbarkeit der leichten Körperverletzung bedingt. Von diesem Strafantragsrecht wird der Verletzte hier wohl kaum Gebrauch machen. Die vom Reichsgericht weiter verneinte Frage, dass die Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten straflos wird, hat mit der vorliegenden Frage hier nichts zu tun. Sicherlich aber erweist sich die Ansicht des Reichsgerichts als nach keiner Hinsicht hin annehmbar und steht ausserdem mit den Regeln über die Konkurrenz der Delikte in schroffstem Widerspruche.[5]) Die ausdrückliche

1) a. a. O. 2) Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz S. 97 ff. 3) a. a. O. 4) Lehrbuch S. 463. 5) Ebenso Kronecker Gerichtssaal XXXV, S. 220 ff.

Regelung dieser Frage in einem neuen künftigen Strafgesetzbuch ist geradezu ein Bedürfnis, um der Inkonsequenz ein Ende zu bereiten, dass möglicherweise das versuchte Delikt weit härter bestraft werden kann, als das vollendete.

## § 14. IV. Die Strafe.

Als Strafe der Tötung auf Verlangen sieht der § 216 Gefängnis von 3—5 Jahren vor. Dass diese Mindeststrafe im Verhältnis zur Tat viel zu hoch ist, darüber sind sich Theorie und Praixs längst einig. Es ist bereits auf die Inkonsequenz hingewiesen worden, dass die meistens edlen Motiven entspringende Tötung auf Verlangen weit härter bestraft wird, als die unter mildernden Umständen begangene Totschlagshandlung des § 213. In einem künftigen Strafgesetzbuch muss daher diese Inkonsequenz beseitigt werden und es dürfte die Minimal-Strafe für Tötung auf Verlangen die 6 Monate des § 213 nicht übersteigen. Noch empfehlenswerter ist allerdings die Beseitigung der Minimalstrafe, um den eigenartigen Verhältnissen, welche hier meistens mitspielen, Rechnung zu tragen und dem freien Ermessen des Richters den erforderlichen Spielraum zu gewähren.

Eine Aberkennung der bürgerlichen Xhrenrechte ist nach § 32 des Strafgesetzbuches nicht möglich, da im § 216 eine eigene Androhung dieser Strafe nicht erfolgt ist. Die Verjährung der Strafverfolgung tritt nach § 67, Abs. 2 nach fünf Jahren ein.

## § 15. V. Kritik des Vorentwurfes und Vorschläge de lege ferenda.

Die Verbesserungen, welche der jetzt veröffentlichte Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch gegenüber der lex lata zeigt, sind im wesentlichen als annehmbar zu bezeichnen. Aehnliche Vorschläge hat auch Pollack für ein neues österreichisches Strafgesetzbuch gemacht. Der Entwurf hat zunächst unter Beseitigung der bisherigen Tatbestandsmerkmale der Ernstlichkeit und Ausdrücklichkeit gefordert, dass das Verlangen

des Getöteten ein „dringendes“ gewesen ist.[1]) Der kürzere und präzisere Ausdruck enthält zwar die notwendigen Bestandteile der früheren Merkmale, ohne aber ihre Nachteile mit sich zu bringen. Er lässt vor allem dem richterlichen Ermessen weiteren Spielraum für die Prüfung der Frage, ob der Täter auch durch das Verlangen eines Jugendlichen und Geisteskranken zur Tötung bestimmt werden konnte. An Stelle des Wortes dringend das Wort „wohlerwogen“ einzusetzen, wie dies Pollack vorschlägt, erscheint deshalb bedenklich, weil damit ein Hinweis auf die etwaigen Motive des Verlangenden, welche dem Täter also bekannt sein müssten, gegeben wäre. Diese Motive aber können dem Täter vollständig gleichgültig sein. Eine andere Frage dagegen ist es, ob sich nicht eine Nachahmung des Art. 51 des schweizerischen Entwurfs[2]) empfehlen würde und zwar in dem Sinne, dass die Motive des Täters durch den Zusatz „aus achtungswerten Beweggründen“ genauer präzisiert würden. Es wären damit etwa ausser dem Verlangen wirkende dolose Nebenmomente ausgeschlossen, und die Anwendbarkeit des Paragraphen auf die Fälle, in denen tatsächlich nur altruistische Motive im Spiele sind, beschränkt.

Mit vollem Recht hat der Entwurf von der hohen Minimalstrafe der lex lata Abstand genommen, und eine solche von 6 Monaten eingesetzt. Es wäre empfehlenswerter, von einer Minimalstrafe überhaupt abzusehen,[3]) um dem richterlichen Ermessen grösseren Spielraum gewähren zu können, doch lehnen die Motive des Entwurfs die Beseitigung mit dem Hinweis auf den schweren Rechtsbruch und im Interesse der Generalprävention ab. In schwereren Fällen wird aber der Richter an und für sich mindestens eine Minimalstrafe von 6 Monaten aussprechen. Sehr richtig bemerkt Jeselsohn, dass ein Strafminimum vermitteln solle zwischen einer straflosen und einer nahe daran angrenzenden Handlung. Die Straflosigkeit der Beihilfe und der Anstiftung zum Selbstmord aber hat der Entwurf inkonsequenterweise beibehalten. Die Aehnlichkeit zwischen der Beihilfe zum Selbstmord

1) Ebenso im § 255 des sog. „Gegenentwurfes.“ 2) cf. Lilienthal Z. St. W. Bd. XV, S. 316. 3) So auch der § 255 des Gegenentwurfes.

und der Tötung auf Verlangen ist unverkennbar, die Motive sind meistens die gleichen, das Interesse des Staates ist gleichermassen verletzt und es lässt sich also ihre Bestrafung aus den nämlichen Gründen und nach demselben Massstabe rechtfertigen. Für die Anstiftung zum Selbstmord aber können überdies verwerfliche Motive in Frage kommen. In der Straflosigkeit des Selbstmordversuchs aber liegt durchaus kein Hinderungsgrund für die Bestrafung der Beihilfe und Anstiftung, da hier andere Momente massgebend sind. Der Hinweis der Motive auf das anscheinend seltene Vorkommen dieser Fälle kann ebenso wenig stichhaltig sein, wie der auf die Schwierigkeit der Beweisführung. Auch die Möglichkeit leichtfertiger Denunziationen gegen Angehörige des Selbstmörders ist nicht zu befürchten. Es würde sich also empfehlen, nach dem Beispiel der Niederlande und der Schweiz Beihilfe und Anstiftung zum Selbstmord analog der Tötung auf Verlangen mit Gefängnis zu bestrafen. [1])

Der Vorschlag Kesslers auf Streichung des § 216 und Straflosigkeit der Tötung auf Verlangen ist schon aus dem Grunde zu verwerfen, weil damit dem Leichtsinn bei der Schätzung von Menschenleben Tür und Tor geöffnet wäre und die Gefahr viel zu nahe läge, dass jeder Mörder sich auf das Verlangen des Getöteten als Strafausschliessungsgrund beriefe. Aus eben diesen Gründen hat der Entwurf auch nicht das Beispiel Norwegens nachgeahmt (§ 235 des Strafgesetzbuches), welches die gleiche Strafmilderung auch demjenigen zuteil werden lässt, der einen hoffnungslos Kranken auch ohne dessen Verlangen aus Mitleid tötet. Mit Recht hat der Entwurf die Ansicht Wiemans verworfen, welcher Anstiftung zur Tötung auf Verlangen für möglich hält und de lege ferenda für deren Bestrafung eintritt. Eine Anstiftung zu diesem Delikt aber ist begrifflich ausgeschlossen, da der Täter eben nur durch den Getöteten und nicht durch dritte Personen zur Tat bestimmt worden sein darf.

Der Entwurf betrachtet die Tötung auf Verlangen als Sonderdelikt, hat sich aber der Ansicht des Reichs-

1) Ebenso Wieman und Guderian, Der § 257 des Gegenentwurfes will zwar Anstiftung zum Selbstmord — versuchten und vollendeten — mit Gefängnis bestrafen, lehnt aber konsequenterweise Bestrafung der Beihilfe hiezu ab.

gerichts, dass der Versuch eventuell als Körperverletzung zu bestrafen sei, nicht angeschlossen. Er hat vielmehr den Versuch des Vergehens in § 215, 2 ausdrücklich für strafbar erklärt und damit glücklicherweise dem unhaltbaren Zustande ein Ende gemacht, dass möglicherweise der Versuch als schwere Körperverletzung mit Zuchthaus bestraft werden kann, während die Strafe des vollendeten Delikts Gefängnis ist.[1]) Wollte man die Straflosigkeit des Versuches beibehalten, ein Vorschlag, der manches für sich hat, so bedürfte es des ausdrücklichen Zusatzes: „der Versuch darf auch nicht als Körperverletzung bestraft werden".[2])

## II. Teil.

# Die prozessuale Behandlung der Tötung auf Verlangen.

### § 16. 1. Das zuständige Gericht.

Das Delikt der Tötung auf Verlangen, wie es im § 216 des Strafgesetzbuches seine Charakterisierung gefunden hat, kann bezüglich seiner Behandlung und Aburteilung nach den Vorschriften des Strafprozessrechtes ein eigenartiges Schicksal erfahren.

In erster Linie taucht hier die Frage auf, welches Gericht dazu berufen ist, über den Täter das entscheidende Urteil zu fällen. Zweifellos ist für die Aburteilung des Deliktes im § 216 die Strafkammer zuständig. Sedes materiae ist hiefür § 73, 1 und § 27 des Gerichtsverfassungsgesetzes. § 73, 1 bestimmt: „die Strafkammern sind zuständig als erkennende Gerichte für Vergehen, welche nicht zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehören". Dass dies für den Tatbestand des § 216 nicht der Fall ist, ergibt sich aus der Aufzählung der schöffengerichtlichen Sachen im § 27.

Man hat nun, wie erwähnt, den § 216 nicht als „Vergehen", sondern als Unterart des Mordes, für welchen

1) Ebenso der Gegenentwurf, nach dessen § 27 zur solche versuchte Vergehen straflos bleiben, welche mit Gefängnis von nicht mehr als 6 Wochen bedroht sind. 2) So neuerdings von Liszt (vergleichende Darstellung, besonderer Teil Bd. V, S. 126.)

lediglich wegen der milderen Natur eine Vergehensstrafe normiert sei, also als ein „Verbrechen" im Sinne des § 1 des Strafgesetzbuches konstruieren wollen. Aber auch bei dieser Auffassung, welche wie gezeigt, im materiellen Recht keine Begründung finden kann, lässt sich für die Tötung auf Verlangen kein anderes Gericht als zuständige erste Instanz finden. Die Dreiteilung im § 1 des Strafgesetzbuches muss einerseits auch nach der prozessualen Seite hin massgebend sein, andererseits ist auch für das Verbrechen, deren Strafmass 5 Jahre Zuchthaus nicht übersteigt, nach § 73 Ziff. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Strafkammer zuständig.

Eine weitere Folge, wenn auch von untergeordneter Bedeutung, zeitigt die Auffassung des § 216 als delictum sui generis bezüglich der Zulässigkeit der Verhaftung gemäss § 112 der Strafprozessordnung. Wäre § 216 ein Verbrechen, so bedürfte der Fluchtverdacht keiner weiteren Begründung und die Untersuchungshaft wäre ohne weiteres zu verhängen. Da aber die Tat des § 216 ein selbständiges Vergehen ist, muss dieser Fluchtverdacht begründet sein oder aber sogenannter Kollusionsverdacht vorliegen, um die Zulässigkeit der Untersuchungshaft zu rechtfertigen.[1])

Trotz obiger Ausführung aber lässt sich der Fall denken, dass die Tat des § 216 nicht vor der Strafkammer, sondern vor dem Schwurgericht in erster Instanz abgeurteilt wird. Eine solche Veränderung des erkennenden Gerichts hat ausser in den Fällen der Konnexität der §§ 3—6 der Strafprozessordnung dann einzutreten, wenn das den Tatbestand des § 216 charakterisierende Moment des Verlangens nicht vor der Eröffnung der Hauptverhandlung erkannt worden ist. Fällt aber diese Charakterisierung weg, so bleibt nur der Tatbestand des Mordes oder des Totschlags übrig, für welche Delikte das Schwurgericht nach § 80, § 73, 2 und § 136, 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes die erkennende erste Instanz ist. Ist nun infolge der auf Mord oder Totschlag lautenden Anklage das Verfahren gegen den Angeklagten eröffnet, so findet die Verhandlung vor dem Schwurgerichte statt. Wenn nun erst im Laufe dieser Verhandlung er-

1) Auf diese Folgen bezüglich der Frage der Untersuchungshaft hat auch Wiebeck hingewiesen.

kennbar wird, dass das Verlangen des Getöteten den Täter zum Tötungsakte veranlasst hat, d. h. dass er ein Delikt gegen § 216 des Strafgesetzbuches begangen habe, so hat die Korrektur der Anklage bei der Fragestellung an die Geschworenen zu erfolgen.

## II. Die Fragestellung vor dem Schwurgericht.

### § 17. Art der Fragen.

Die Strafprozessordnung unterscheidet in den §§ 293 bis 295 drei Arten von Fragen an die Geschworenen.

Die Hauptfrage des § 293 hat zum Gegenstand die dem Angeklagten nach dem Eröffnungsbeschluss zur Last gelegte Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen.

Bei der Hilfsfrage in § 294 handelt es sich um solche Umstände, welche nach dem Gang der Verhandlung eine vom Eröffnungsbeschluss abweichende Beurteilung herbeiführen.

Die Nebenfrage des § 295 endlich hat diejenigen Umstände anzuführen, welche die Strafbarkeit vermindern, erhöhen oder wieder aufheben.

Welche dieser drei Arten bei der Aburteilung eines Vergehens nach § 216 vor dem Schwurgerichte zur Anwendung zu kommen hat, darüber bestehen Kontroversen. In welcher Weise soll die Aenderung in der Charakterisierung der strafbaren Handlung, deren der Angeklagte beschuldigt wird, zum Ausdruck gebracht werden? Man kommt zu verschiedenen Lösungen dieser Frage, je nachdem ob man den Tatbestand des § 216 als delictum sui generis betrachtet oder lediglich als einen strafmindernden Umstand zu § 211 oder § 212. Die Anhänger der letzteren Lehre müssen, nachdem eine dem Eröffnungsbeschluss entsprechende Hauptfrage auf Mord oder Totschlag gestellt worden ist, das Verlangen des Getöteten in einer Nebenfrage unterbringen. Dies tut denn auch das Reichsgericht.[1]) Jedoch die Anwendung der Nebenfrage kann ganz verkehrte Abstimmungsresultate zur Folge haben, wie dies folgendes Beispiel zeigt. Die

1) Rechtssprechung Bd. VI S. 225, Entscheidungen Bd. XII, S. 253, neuerdings in der Verhandlung v. 16. Dezember 1904 (cf. Goltdammers Archiv, Bd. 52, S. 92); ebenso Dalcke Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren § 5 III S. 26.

Hauptfrage auf Mord wird zwar von der nötigen Zweidrittel-Mehrheit der Geschworenen gemäss § 262 der Strafprozessordnung bejaht, indem vier der Geschworenen die Ueberlegung bei der Ausführung verneinen, jedoch erklären sich von dieser Zweidrittel-Mehrheit nur vier Geschworene für das Vorhandensein des Verlangens als bestimmenden Moment. Trotzdem sich also tatsächlich nur vier Geschworene für das Verbrechen des Mordes ausgesprochen haben, muss die Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes erfolgen, da sich nicht die erforderliche Stimmenzahl für die Bejahung der Nebenfrage aus § 216 gefunden hat. Die Anwendung der Nebenfrage, welche solch ungerechte und dem Geiste des Gesetzes sicher nicht entsprechende Abstimmungsresultate zur Folge hat, muss daher verworfen werden und dies umsomehr, als sie nach dem materiellen Recht keine Begründung in der unselbständigen Natur des § 216 haben kann.

Weniger konsequent haben sich die vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts [1]) in dieser Frage ausgesprochen, indem sie zwar die Tötung auf Verlangen materiellrechtlich als Vergehen selbständiger Art anerkennen wollen, prozessual jedoch in dem Verlangen des Getöteten nur einen strafmindernden Umstand erblicken. Eine solche Trennung des materiellrechtlichen und prozessalen Gesichtspunktes hat etwas sehr bedenkliches, da bei der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs der Richter stets auf die Begriffe des materiellen Rechts angewiesen ist und diese in das prozessuale Verfahren nur nach ihrer Bedeutung im Strafrecht aufnehmen kann. Sehr richtig bemerkt hierzu auch Oetker [2]): Es geht nicht an und führt zu verkehrten Abstimmungen unter Zerschlagung materieller Tatbestände künstliche Strafminderungsgründe zu konstruieren.

Der richtige und der materiellrechtlichen Bedeutung der Tötung auf Verlangen entsprechende Weg für die Konstatierung einer Tötung auf Verlangen ist die Stellung der Hilfsfrage. Der Tatbestand enthält, wie bereits gezeigt, Mord und Totschlag ohne nähere Unterscheidung in sich und bildet beiden gegenüber einen privilegierten

1) Entscheidungen Bd. 28, S. 200 ff. 2) Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten § 19 VI

Tatbestand. Nach Binding[1]) aber ist jede privilegierte Unterart eines Verbrechens ein delictum sui generis. Da jedoch die Tötung auf Verlangen ein privilegiertes Delikt gegenüber Mord und Totschlag ist, so bildet sie gegenüber jedem dieser Grunddelikte einen kriminalistisch selbständigen Tatbestand.[2]) Das Verhältnis des § 216 zu § 211 und § 212 ist nicht das der Spezies zum Genus, sondern sie stehen im Verhältnis der Exklusivität, daher können sie auch nicht durch Haupt- und Nebenfrage zu einander in Abhängigkeit gebracht werden. Denn abgesehen von der Möglichkeit falscher Abstimmungsergebnisse würde eine solche Frageformulierung auf Deliktsbegriffe führen, welche dem Strafgesetzbuche vollständig unbekannt sind. Angenommen, die Hauptfrage habe auf Mord gelautet und es sei dann eine Nebenfrage auf das Verlangen des Getöteten als strafmindernden Umstand gestellt worden, so wäre in den Tatbestand des § 216 die Ueberlegung des Täters interpoliert worden; ähnlich läge es bei Verneinung der Ueberlegung für den Totschlagsfall. Eine solche Interpolation bezw. Elimination des Gesetzestextes wäre eine Gewaltmassregel und den Absichten des Gesetzgebers gebers sicher widersprechend, da dieser nicht ohne Absicht den Tatbestand des § 216 auf Mord und Totschlag bezogen hat.[3]) Ein privilegiertes selbständiges Delikt lässt sich eben nicht gewaltsam in das oder die Grunddelikte und den Privilegierungsgrund rein äusserlich zerlegen.[4]) Auf das eigenartige Delikt des § 216 treffen auch prozessual die Voraussetzungen des § 295 nicht zu.[5]) Die Annahme des § 216 statt § 211 ist eben eine abweichende Beurteilung gegenüber der Anklage und es ist daher hiefür die Hilfsfrage am Platz. Dieser

1) Lehrbuch II S. 31 Anm. 3. 2) So auch Oetker, a. a. O. § 10 II. 3) Das Reichsgericht hat (Entscheidung Bd. 20, S. 171) in dem analogen Fall des § 217 eine solche Fragestellung mit Unrecht gebilligt. 4) Aehnlich Rosenfeld Lehrb. S. 245: Tötung auf Verlangen ist ein Unterfall nicht zum Mord oder Totschlag, sondern zu einem Mord und Totschlag gemeinsam umfassenden Oberbegriff vorsätzlicher Tötung, der aber nicht zu einem selbständigen Verbrechensbegriff ausgestaltet ist. Deshalb kann auf diesen Oberbegriff nicht eine Hauptfrage abgestellt werden, an welche dann Nebenfragen angehängt werden. 5) cf. Oetker, a. a. O. § 19 VI. Die Annahme von § 217 statt 211 ist nicht ein Minus, sondern ein aliud; was hier bezüglich § 217 gesagt wird gilt analog auch für § 216.

Ansicht sind ausser Oetker Bennecke-Beling[1]), Rosenfeld[2]) und Jeselsohn.[3])

Das gleiche hat auch zu gelten bei dem Zusammentreffen eines qualifizierten Delikts mit einem privilegierten selbständigen Tatbestand. Lautete die Anklage auf Aszendententotschlag und erhellt in der Verhandlung, dass dieser Totschlag auf das Verlangen des Aszendenten erfolgt ist, so hat nach richtiger Ansicht Verurteilung aus § 216, nicht aus § 215 zu erfolgen. Um eine sinngemässe Abstimmung zu ermöglichen, muss die Tat des § 215 zum Gegenstand einer Hauptfrage gemacht werden und für den Fall der Verneinung dieser Hauptfrage haben dann die Geschworenen über die Hilfsfrage aus § 216 abzustimmen.

Etwa hier das Verlangen des Getöteten in eine Nebenfrage zu bringen, ginge deshalb nicht an, weil, selbst wenn § 216 einen strafmindernden Umstand enthielte, die Strafminderung sich höchstens auf § 211 oder § 212, niemals aber auf § 215 als solchen, den qualifizierten Fall des § 212, sich erstrecken würde. Aber gerade hierin, wo die selbständige Deliktsnatur des § 216 unzweideutig hervortritt, da ja sein Tatbestand die Qualifikation des § 215 aufhebt, ist ein weiterer Beweis dafür zu suchen, dass die Hilfsfrage für den Tatbestand des § 216 zur richtigen Abstimmung führt.

## § 18. Reihenfolge der Fragen.

Im Allgemeinen soll nach den Vorschriften der Strafprozessordnung die Reihenfolge der Fragen die sein, dass mit der Stellung der Hauptfrage begonnen wird, an welche sich dann die Hilfs- und Nebenfragen anreihen sollen. Eine Ausnahme erfährt diese Bestimmung nach § 294, 2 nur dann, wenn das Delikt der Hilfsfrage für den Angeklagten eine erhöhte Strafbarkeit zur Folge hat. Es soll dann die Frage auf das schwerere Delikt vorangestellt werden. Diese Umstellung der Fragen, welche also an sich nur für das schwerere Delikt eintritt, muss aber über den Rahmen des Gesetzes hinaus der Hilfsfrage aus § 216 zugestanden werden. Der Grund für

1) Lehrbuch S. 555. 2) a. a. O. § 96. 3) a. a. O. S. 31.

diese Abweichung von § 294, 2 ist logischerweise in der selbständigen, Mord und Totschlag umfassenden, Natur dieses Paragraphen zu suchen. Es ginge nicht an, die Geschworenen zuerst nach dem Vorliegen der beiden in § 216 enthaltenen Grunddelikte zu befragen und dann nach deren Verneinung die Frage nach dem umfassenderen Delikt zu stellen. Dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die Möglichkeit besteht, dass eines dieser Grunddelikte durch Bejahung angenommen wird und es wäre dann einfach eine weitere Frage nach dem Tatbestand des § 216 unmöglich, da die Beantwortung einer Hilfsfrage nur denkbar ist, wenn die vorausgehende Hauptfrage verneint wurde Durch eine solche Verneinung aber würde jede Tötung, also auch Tötung auf Verlangen geleugnet. Anderer Ansicht ist freilich Bennecke-Beling[1]), der eine derartige Voranstellung der Hilfsfrage aus § 216 nicht zulassen will, er muss sich aber dafür mit einer sehr künstlichen Konstruktion aus der Verlegenheit ziehen, indem er behauptet, in der Konstatierung des Mordes liege das negative subintelligendum „ohne durch das Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden zu sein". Bei Verneinung der Frage nach Mord bezw. Totschlag sei dann immer noch Raum für die Hilfsfrage aus § 216. Allein diese Konstruktion ist schon deshalb unannehmbar, weil die Geschworenen über dieses negative subintelligendum sich nicht eher entscheiden können, ehe ihnen eine Frage hierüber zur Abstimmung vorgelegt worden ist. Der gleichen Ansicht wie Bennecke-Beling ist auch das Reichsgericht[2]), welches für den Fall der Annahme eines selbständigen Tatbestandes im § 216 die Umstellung der Fragen mit der Begründung abgelehnt hat, dass die Regel des § 294, 2 nicht umgangen werden dürfe. Dass diese Abweichung doch aus logischen Gründen erfolgen müsse, ist vom Reichsgericht nicht beachtet worden.

Allerdings ist die Schwierigkeit nicht zu verkennen, welche in der Notwendigkeit enthalten ist, die Hilfsfrage aus § 216 richtig und der Vorschrift des Gesetzes gemäss zu formulieren und Hücking[3]) hat auch versucht, diese Schwierigkeit für den Beweis gegen die selbständige Natur des § 216 zu benutzen. Die Hilfsfrage hat nämlich

1) a. a. O. 2) Rechtssprechung Bd. VI S. 225. 3) a. a. O.

ebenso wie die Hauptfrage mit den Worten zu beginnen „ist der Angeklagte schuldig?“ und hat die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale der den Angeklagten, nach dem Gang der Verhandlung zur Last gelegten Tat anzuführen. Dem Wortlaut des § 216 entsprechend müsste die Hilfsfrage daher für Tötung auf Verlangen korrekter Weise lauten: „Ist der Angeklagte schuldig, durch das Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden zu sein?“ Diese Formulierung entspräche zwar dem Wortlaut des § 216, könnte aber erst entschieden werden, wenn die Geschworenen bereits das Vorhandensein einer Tötung konstatiert haben, da ja die Frage darnach ginge, ob der Täter zur Tötung bestimmt worden sei. Hücking will daraus die Unmöglichkeit einer Hilfsfrage ableiten, doch liegt kein Grund hiezu vor, da diese Konstatierung unbedenklich erst nach Entscheidung über die Frage nach einer Tötung erfolgen kann. Die richtige Formulierung muss daher lauten: „Ist der Angeklagte schuldig, den N. N. getötet zu haben und ist er zu dieser Tötung durch das ernste und ausdrückliche Verlangen des Getöteten bestimmt worden?“ Da das Reichsgericht[1]) behauptet, nach Verneinung dieser Frage wäre es unmöglich, eeine weitere Frage auf vorsätzliche Tötung überhaupt zu stellen, würde sich folgende Formulierung empfehlen, welche auch den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. „Ist der Angeklagte schuldig, durch das Verlangen des N. N. bestimmt, diesen getötet zu haben?“ Diese Formulierung hat den Vorzug, dass hiebei nicht Tötung generell, sondern nur der spezielle Tatbestand der Tötung auf Verlangen verneint werden kann. Es muss eben bei allen diesen Schwierigkeiten in der Formulierung in Betracht gezogen werden, dass die Redaktion des Strafgesetzbuches lange Zeit vor dem Entwurfe einer Strafprozessordnung und ohne Rücksicht auf deren Bedürfnisse erfolgt ist.

Ob es erforderlich ist, in die Hilfsfrage nach § 216 das Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes aufzunehmen, ist strittig. Zweifellos ist eine nicht vorsätzliche Tötung auf Verlangen nicht denkbar und der Gesetzgeber hat es daher nicht für nötig befunden, den Vorsatz unter die

1) Rechtsprechung Bd. VI S. 225.

Tatbestandsmerkmale des § 216 aufzunehmen.[1]) Der Vorsatz gehört zwar andererseits zum Tatbestand der beiden Grunddelikte des § 216, allein die Aufnahme desselben in die Hilfsfrage in der zuletzt vorgeschlagenen Formulierung erscheint trotzdem überflüssig, da zwar eine innere Beziehung des privilegierten mit den Grunddelikten gegeben ist, dieser jedoch nicht so eng ist, dass einzelne Tatbestandsmerkmale der letzteren in die Frage nach dem selbständigen Delikte des § 216 aufzunehmen wären. Zudem müsste dann die Frage nach dem Vorsatze zweimal gestellt werden, einmal in der Hilfsfrage, sodann noch in der darauffolgenden Hauptfrage nach Mord und Totschlag. Eine solche Wiederholung könnte aber leicht zu Missverständnissen und zur unrichtigen Beantwortung der Fragen Anlass geben und aus diesem Grunde allein schon ist von der Erwähnung des Vorsatzes Abstand zu nehmen.[2])

## § 19. Der Abstimmungsmodus.

Die aus logischen Gründen gebotene Voranstellung der Hilfsfrage aus § 216 hat einen Abstimmungsmodus besonderer Art zur Folge.[3]) Nach der Bestimmung des § 262 der Strafprozessordnung bedarf es für eine jede, dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung zur Schuldfrage einer Mehrheit von zwei Dritteln der Geschworenen-Stimmen. Zweifellos nun ist die Bejahung der Frage aus § 216 eine dem Angeklagten ungünstige Entscheidung und ihre Beantwortung in diesem Sinne kann also nur mit Zweidrittel-Majorität erfolgen. Haben die Geschworenen so votiert, so ist selbstverständlich kein weiterer Raum mehr für die Fragen nach Mord und Totschlag und das Gericht hat gemäss diesem Schuldig den Angeklagten zu Gefängnis nicht unter 3 Jahren zu verurteilen.

---

1) Eine fahrlässige Tötung auf Verlangen liegt auch dann nicht vor, wenn der Arzt statt des Betäubungsmittels, welches er dem Kranken auf dessen Verlangen nach dem Tode reichen wollte, versehentlich ihm ein todbringendes Gift beibringt. Sein Dolus war dann eben nicht auf Tötung gerichtet und seine Verurteilung könnte niemals aus § 216, sondern höchstens wegen fährlässiger Tötung nach § 227 erfolgen. 2) Ebenso Oetker a. a. O. § 19 VI Anm. 6. 3) Oetker, (a. a. O. X § 20 V) hat wohl als erster auf die Folgen der Umstellung bezüglich des Stimmverhältnisses hingewiesen.

Aber auch die Ablehnung der Hilfsfrage aus § 216 muss mit Zweidrittel-Mehrheit erfolgen und zwar deshalb, weil sie insofern eine dem Angeklagten ungünstige Lage verursacht, als darnach die Entscheidung über die schwereren Delikte des § 211 und § 212 getroffen werden muss. Erfolgt für die erste Frage mit der erforderlichen Mehrheit eine Verneinung und ebenso für die beiden Grunddelikte — hiefür ist ein bestimmtes Stimmverhältnis nicht nötig und darf auch nicht zum Ausdruck gebracht werden —, so ist selbstredend der Angeklagte von allen Punkten der Anklage, sowohl der ursprünglichen als auch der erst nachträglich erhobenen nach § 216, freizusprechen. Ergibt sich dagegen für eines der Grunddelikte die Zweidrittel-Mehrheit, so ist § 216 ausgeschaltet und die Verurteilung des Angeklagten hat wegen dieses Grunddeliktes zu erfolgen. Komplizierter gestaltet sich die Abstimmung, wenn für die Ablehnung der Frage aus § 216 nicht die erforderliche Mehrheit eingetreten ist und die Tötung auf Verlangen z. B. nur mit 7 Stimmen verneint wird. Findet nun das erste Grunddelikt, der Mord, die nötige Zweidrittel-Mehrheit, so ist der Angeklagte trotzdem nicht dieses Verbrechens für schuldig zu erkennen, da einer solchen Verurteilung der Mangel im ersten Votum entgegensteht. Es wirkt vielmehr dieses zweite Votum insoferne auf die Gültigkeit des ersten zurück, als die Majorität sich damit nachträglich für das Vorhandensein einer Tötung auf Verlangen entscheidet. Dieses Resultat ist zwar auf den ersten Blick verblüffend, es hat jedoch seinen Grund in der Abgabe der Stimme der einzelnen Geschworenen. Diejenigen Geschworenen — ihre Mindestzahl beträgt 5 —, welche das Vorhandensein des privilegierten Delikts bejaht hatten, müssen sich notwendigerweise nach der Ablehnung der ersten Frage, mag sie auch nicht mit der erforderlichen Mehrheit erfolgt sein, für eines der in den nächsten Fragen zur Entscheidung gestellten Grunddelikte entschliessen, da ja unbedingt eines dieser Grunddelikte die Basis des privilegierten Tatbestandes bilden muss. Wollen sie das schwerere Grunddelikt ablehnen, so müssen sie sich für das leichtere entscheiden. Dass für Mord und Totschlag nach richtiger Ansicht[1]) nur eine einzige Frage

1) Betrachtet man allerdings den Mord begrifflich als Totschlag mit dem die Strafbarkeit erhöhenden Umstande der Ueberlegung

gestellt wird, kommt hier nicht in Betracht, da ja die Entscheidung durch teilweise Verneinung der Frage, also durch Verneinung der Ueberlegung erfolgen kann. Diejenigen Geschworenen aber — ihre Mindestzahl beträgt sieben —, welche die Frage aus § 216 verneint hatten, haben nach obigem Abstimmungsergebnis nicht übereinstimmend eine Tötungshandlung überhaupt geleugnet, sondern es sind nachträglich einige von ihnen zu der Annahme gekommen, dass der Tatbestand eines der Grunddelikte vorliege. Welcher Art diese Tötungshandlung ist, ob sie mit oder ohne Ueberlegung ausgeführt wurde, ist unwesentlich, da ja der Tatbestand des § 216 keinen Unterschied zwischen beiden macht. Es hat sich also für die Existenz einer Tötungshandlung die erforderliche Mehrheit entschieden. Es liesse sich nun hiegegen einwenden, dass diese Tötungshandlung nicht die des § 216 sein müsse, dass also die Majorität sich nicht für das Verlangen des Getöteten als Motiv des Täters ausgesprochen habe; es liege vielmehr die Vermutung nahe, dass diejenigen Geschworenen, welche die erste Frage bejaht hatten, sich durch ihr zweites Ja für die spezielle Tötungshandlung des § 211 bezw. 212 entschieden hätten. Allein einer solchen Umkehrung steht zweifellos die Tatsache entgegen, dass für die Ablehnung des Tatbestandes des § 216 weniger als zwei Drittel der Geschworenen ihr Votum abgegeben haben und somit nach den gesetzlichen Voraussetzungen des § 262 der Strafprozessordnung das Vorliegen der Tötung auf Verlangen nicht ausgeschlossen ist. Es wirkt also die Entscheidung der zweiten Frage auf die erste insoferne zurück, als angenommen werden muss, zwei Drittel der Geschworenen hätten sich für das Vorliegen des privilegierten Tatbestandes des § 216 ausgesprochen.

Diese Wirkung ist das notwendige Korrelat der aus logischen Gründen gebotenen Voranstellung der Hilfsfrage in konsequenter Verfolgung des § 262 der Strafprozessordnung. Ueber diesen Abstimmungsmodus sind

---

so Hücking, und das Reichsgericht Rechtsprechung Bd. I S. 296 Entscheidungen B. IX S. 401, Bd. XIII, S. 344 und XX S. 171) so wird man mit einer einzigen Frage nicht auskommen, man muss dann, wie dies auch das Reichsgericht früher für allein zulässig erklärte, erst eine Hauptfrage wegen vorsätzlicher Tötung und sodann eine Nebenfrage nach Ueberlegung stellen.

die Geschworenen ebenso wie über die sonstigen rechtlichen Gesichtspunkte nach § 300 der Strafprozessordnung zu belehren.

Inwieweit dieser Abstimmungsmodus in der Praxis der Schwurgerichte Anwendung findet, darüber fehlt für den Tatbestand des § 216 die nötige Beurteilung. Es wird ja selten vorkommen, dass das Schwurgericht sich mit Fällen dieser Art zu befassen hat, denn in der Regel wird der Täter, sofern nicht bereits die Voruntersuchung der gesamten Umstände bei der Tötung das Gegenteil ergeben hat, sich auf das Verlangen des Getöteten als das bestimmende Motiv zur Tat mit der Wirkung berufen, dass seine Aburteilung vor der Strafkammer erfolgt.

Die aus logischen Gründen erforderliche Abweichung von der Regel des § 294 Abs. 2 sollte in einer neuen Strafprozessordnung ihren gesetzlichen Ausdruck finden, etwa durch den Zusatz zu § 294, 2 „oder wenn die Voranstellung zur Herbeiführung eines richtigen Abstimmungsverhältnisses für geboten erscheint“. Leider haben die jetzt veröffentlichten Entwürfe zu einer neuen Reichsstrafprozessordnung diesem Bedürfnis keine Rechnung getragen.